

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., tres (03) de marzo .de dos mil quince (2015).

Radicación N°: 050012333000201200772 01.

Número Interno: 0328-2014.

Actor: MARÍA DIOSELINA RAIGOSA DE GARCÍA.

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
POLICÍA NACIONAL.

Tema: Pensión sobrevivientes.

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de octubre de 2013, **proferida bajo la Ley 1437 de 2011** por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la actora demanda¹ se declare la nulidad del Oficio No. 9336 ARPRES-GRUPE del 5 de mayo de 2010, mediante el cual la Policía Nacional le negó la pensión de sobreviviente en

su condición de cónyuge supérstite del causante Luís Eduardo García Orrego.

A título de restablecimiento del derecho solicita que la accionada: i) proceda al reconocimiento, liquidación y pago indexado de la pensión de sobreviviente y demás prestaciones a que hubiere lugar, desde el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en

¹

El escrito de demanda obra a fols.18-30 cuaderno único. Fue presentada ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Medellín el 19 de octubre de 2012 (fol.30). Por Auto del 14 de noviembre de 2012 el Juzgado 22 Administrativo oral de Medellín dispuso, por competencia en razón de la cuantía, su envío al Tribunal Administrativo de Antioquia (fols.33-34).

vigencia de la Ley 100 de 1993), en aplicación del principio de retrospectividad de la ley en materia laboral; ii) indexe las sumas resultantes de la condena; iii) la afilie al sistema de seguridad social en salud y a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Los hechos sustento de las pretensiones se pueden resumir así:

Se afirma que el señor Luís Eduardo García Orrego laboró al servicio de la Policía Nacional durante 14 años 4 meses 16 días, efectuó aportes continuos al sistema de seguridad social de la institución, cotizando más de 746 semanas, y falleció en actividad en Medellín el 21 de diciembre de 1987.

El mencionado señor estaba casado con la hoy actora, María Dioselina Raigosa de García, quien presentó el 9 de abril de 2010 petición solicitando la pensión de sobreviviente conforme lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Que a través del Oficio 9336 ARPRES-GRUPE del 5 de mayo de 2010, suscrito por el Jefe Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, se dio respuesta negativa argumentando que el causante no había alcanzado el tiempo requerido por el artículo 120 del Decreto Ley 2063 de 1984, es decir, 15 años de servicio en la institución, y que la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de la Policía, puesto que los ampara un régimen especial.

Indica que existe precedente reiterado del Consejo de Estado que, en casos similares, ha aplicado el régimen general de pensiones, en desarrollo de los

principios constitucionales de igualdad, solidaridad y situación más favorable al trabajador.

Se anota que la actora es una persona de la tercera edad y carece de recursos propios para su manutención.

Normas violadas y concepto de violación

Los artículos 17 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la Constitución Política; el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

El concepto de violación lo centra en resaltar el derecho a la igualdad, a la seguridad social y el principio de favorabilidad, aduciendo que la demandada aplica de manera errónea el marco constitucional y legal al excluir a un grupo de pensionados de un beneficio que se le otorga a la mayoría, pues los regímenes especiales deberían garantizar a los trabajadores amparados una mayor protección y no un trato discriminatorio, en cuyo caso es procedente aplicar, bajo la figura de la retrospectividad, la reglamentación general establecida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 por tratarse de una norma más favorable, en vez de lo exigido en el artículo 120 del Decreto Ley 2063 de 1984, tal y como lo ha estimado la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado en su jurisprudencia³, máxime si se tiene en cuenta que la accionante es una persona de la tercera edad, que quedó desprotegida con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, por ende en respeto a la dignidad humana y al mínimo vital, a la seguridad social en conexidad con una vida digna, debe serle reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente que reclama.

Contestación de la demanda⁴

Por intermedio de apoderado la Policía Nacional contestó la demanda y se opone a las pretensiones de la misma por carecer de fundamento.

Señala que el Sr. Luís Eduardo García Orrego falleció en simple actividad, pero que no es cierto haya cotizado al sistema de seguridad social para pensión, porque en el

régimen especial al que pertenecía como miembro de la institución no se hace descuento para dicho aporte; y que a la actora se le reconoció lo que de ley procedía, cual fue indemnización por muerte y cesantías definitivas, pero que no era factible acceder a reconocerle pensión de sobreviviente a la luz del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como quiera que el régimen especial consagrado para los miembros de la Policía Nacional –Decreto 2063 de 1984-, exige para tener derecho a pensión 15 años de servicio y el causante al momento de su muerte contaba con 14 años 4 meses 16 días, además que su muerte ocurrió mucho antes de entrar en vigencia el sistema general pensional dispuesto en la referida ley.

Propuso las excepciones de *prescripción, pago y presunción de legalidad del acto*.

LA SENTENCIA APELADA⁵

2

Menciona las sentencias T-597 de 1993 y C-1094 de 2003 entre otras.

3

Alude a sentencias de la Sección Segunda, Subsección A, del 25 de abril de 2002, radicado interno 2409-2001, CP Dr. Alberto Arango Mantilla, y del 5 de junio de 2008, radicado interno 2218-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y de la Subsección B, sentencia del 7 de junio de 2007, CP Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, entre otras.

4

Escrito de contestación se ve a fols.48-55.

5

Visible a fols.118-124.

La Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia del 18 de octubre de 2013 negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas.

Para arribar a su negativa el Tribunal dijo que el Consejo de Estado en anteriores oportunidades, en aplicación de la figura de la retrospectividad de la ley, accedía al reconocimiento de la sustitución pensional conforme el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, así se tratase de personal de la Policía Nacional con régimen especial fallecidos con anterioridad a la vigencia de la misma; pero que a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2013, la Sección Segunda rectificó la posición adoptada en las sentencias del 29 de abril de 2010 y 1º de noviembre de 2012, precisando que no hay lugar a aplicar esa figura porque la ley que gobierna el

reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior, por lo tanto asumía la decisión del 25 de abril de 2013 como precedente.

Que como el Sr. Luís Eduardo García Orrego, cónyuge de la demandante, falleció en simple actividad el 21 de diciembre de 1987, siendo Agente de la Policía Nacional, la norma que regía para ese momento era el Decreto 2063 de 1984, que exigía para tener derecho a pensión 15 años de servicio, requisito que no cumplió.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Juez de primera instancia la demandante presentó y sustentó recurso de apelación solicitando su revocatoria y, en su defecto, se acceda a las pretensiones de la demanda.⁶

Como núcleo de su alzada expone que con la posición adoptada por el Tribunal y la misma sentencia de unificación que asume como precedente, se desconoce el principio de favorabilidad estatuido en el artículo 53 Superior, que permite aplicar el principio de la retrospectividad de la ley en materia laboral, y a su vez desconoce el volumen de sentencias del mismo Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que accedían a la aplicación de la Ley 100 de 1993 al amparo de los aludidos principios.

⁶ Escrito de apelación obra a fols.128-132.

Estima que la decisión del *a quo* deviene contraria al marco constitucional por cuanto desconoce la protección especial de personas de la tercera edad y su derecho a una vida en condiciones dignas, como quiera que la actora dependía económicamente del causante y al faltar éste quedó desprotegida, comprometiendo su derecho al mínimo vital, por lo tanto tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente conforme el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y no del Decreto 2063 de 1984.

ALEGATOS DE INSTANCIA

La demandante presentó alegatos de conclusión aduciendo en esencia lo expuesto en la apelación.⁷

La accionada igualmente presentó alegatos⁸, reiterando lo señalado en su contestación y enfatizando que, con posterioridad al fallo de unificación de la Sección Segunda del 25 de abril de 2013, tanto la subsección A y B han proferido decisiones negando la aplicación retrospectiva en casos similares al presente⁹.

El ministerio Público guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a analizar la legalidad del Oficio No. 9336 ARPRES-GRUPE del 5 de mayo de 2010, para lo cual la Sala deberá establecer si la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente en los términos previstos en el régimen general consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el causante -como agente de la Policía Nacional- gozaba de un régimen especial, y para cuando fallece no estaba en vigencia el artículo de la referida ley.

⁷ Alegatos a fols.209-216.

⁸ Escrito de alegatos a fols.167-171.

⁹ Menciona sentencia de la Subsección A, del 22 de agosto de 2013, radicado interno 2308-2012, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón, y de la Subsección B, del 4 de julio de 2013, radicado interno 2285-2012, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

El fondo del asunto.

La actora amparada en la aplicación retrospectiva de la ley, pretende se declare que tiene derecho a la pensión sobreviviente de su cónyuge, fallecido el 21 de diciembre de 1987 estando al servicio de la Policía Nacional, conforme el régimen general de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 que, en su artículo 46, antes de la modificación sufrida por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, consagraba como requisitos para optar a dicho derecho, lo siguiente:

“ARTICULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a. *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
 - b. *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*
(...)”

Por su parte, la posición de la institución demandada se sustenta en la aplicación del régimen especial establecido para el personal de la Policía Nacional contenido en el Decreto Ley 2063 de 1984¹⁰, vigente para el momento de la muerte del causante que, en lo referente a la pensión por muerte en simple actividad, consagraba en su artículo 120 lo siguiente:

“ARTÍCULO 120. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en actividad, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a. *A que por el Tesoro Público se les pague una indemnización equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 del presente estatuto.*
- b. *Al pago de cesantía por el tiempo del servicio del acusante.*

c. *Si el Agente hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta*

10

El Decreto 2063 de 1984 fue derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989, "por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional".

en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo a la categoría y tiempo de servicio del causante."

Sostiene que no hay lugar a reconocer la pensión, por ende a que sea sustituida en favor de la demandante, porque el agente García Orrego al momento de la muerte no contaba con los 15 años de servicio que exige el régimen especial, y adicionalmente sostiene, que no hay lugar a aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, porque esta disposición para cuando fallece el causante no estaba vigente.

TESIS PARA EL CASO CONCRETO

No es viable declarar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicando retrospectivamente el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en tanto que por esa vía se contraviene la regla general de la irretroactividad de la ley; pero sí es posible -dadas las particularidades del caso- otorgarla conforme el régimen especial dispuesto en el Decreto Ley 2063 de 1984, en aplicación del criterio auxiliar de equidad consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política.

HECHOS RELEVANTES QUE SE HALLAN PROBADOS

- La demandante se casó con el causante el 8 de noviembre de 1969, así se deriva del registro civil de matrimonio expedido por la Notaría Segunda de Medellín (fol.3).

- Conforme la hoja de servicios del Sr. Luís Eduardo García Orrego, prestó sus servicios en la Policía Nacional, con las deducciones a que hubo lugar, por 14 años 4 meses y 16 días, entre el 2 de julio de 1973 y el 21 de diciembre de 1987 (fol.10). Este tiempo es sin sumar los tres meses de alta que corrieron del 21 de diciembre de 1987 al 21 de marzo de 1988.

- Mediante la Resolución No. 6994 del 2 de octubre de 1989 la institución accionada ordenó reconocer a la actora y sus hijos menores de edad en ese entonces, la suma de \$1.914.486 por concepto de cesantías definitivas e indemnización por muerte de su cónyuge (fols.8-9).

- El 9 de abril de 2010 la demandante presentó petición a la accionada solicitando se le reconociera como beneficiaria de la pensión de sobreviviente del causante (fols. 4-5).

- Mediante Oficio No. 9336 ARPRES-GRUPE del 5 de mayo de 2010 la institución accionada dio respuesta negativa a la petición de la actora, señalando que al momento de la muerte del causante en simple actividad contaba con 14 años 4 meses 16 días, y que el régimen especial que le aplicaba exigía 15 años de servicio, motivo por el cual únicamente se le había reconocido la indemnización que dispone dicha norma (fols.6-7).

- La demandante, Sra. María Dioselina Raigosa de García, nació el 11 de marzo de 1948, lo que significa que a la fecha cuenta con 77 años de edad (fol.2).

ANOTACIONES DE LA SALA Y DECISIÓN DEL CASO

I. La Ley 100 de 1993 determinó en su artículo 151 que el sistema general de pensiones previsto en ella regiría a nivel nacional a partir del 1º de abril de 1994.

Por su parte el Art. 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la fuerza pública, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se

El aparte sombreado y subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-461 de 1995, MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que entre otras cosas, señaló:

“5. Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

(...)

“No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta...” (subrayas ajenas al texto citado).

Adicionalmente, el Art. 288 *ídem*, en desarrolló de los principios de favorabilidad e igualdad, prescribió:

“Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.”

De tiempo atrás el Consejo de Estado había desarrollado tesis conforme la cual los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir, que sean superiores a los del común de la población, porque si son inferiores y no existe razón válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, entre ellos el de favorabilidad e igualdad, lo que conllevó a hacer una aplicación retrospectiva de los regímenes generales, como el consagrado en la Ley 100 de 1993, en tanto resultaren más beneficiosos

para el otorgamiento de la prestación pensional.¹²

La posición anterior había venido siendo acogida para casos similares al que nos ocupa, en los que se debatía el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a los beneficiarios de servidores fallecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aplicando de manera retrospectiva el régimen general en virtud del principio de favorabilidad e igualdad.

Sin embargo, en sentencia del 25 de abril de 2013¹³, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado rectificó la anterior posición, al estimar que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del causante, por lo tanto las normas aplicables son las vigentes para esa época, de forma tal que resolver dicha situación a la luz de una disposición que fue expedida con posterioridad sería romper con la regla de la irretroactividad de los efectos de la ley.

¹² Se puede consultar al respecto sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 11 de abril de 2002, radicado interno 3106-2000, CP Dr. Alberto Arango Mantilla, y del 6 de marzo de 2003, radicado interno 1707-2002, CP Dra. Ana Margarita Olaya Forero, por mencionar dos de tantas.

¹³ Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09) CP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Actora: María Emilsen Larrahondo Molina. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Textualmente dice la Sala Plena de la Sección Segunda en esta providencia¹⁴:

La jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado. La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994.”

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior¹⁶, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010¹⁷ y noviembre 1º de 2012¹⁸, en las que, en

14 **Nota:** Los pie de página 15 a 18 son citas de la sentencia citada.

15 *“Ver, entre otras, las sentencia de octubre 7 de 2010, Consejero ponente LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06)”.*

16 *“Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.”*

17 *“Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.”*

18 *“Reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo*

materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

Lo anterior, permite concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las consideraciones antes expuestas.”

Lo anterior indica que la instancia de cierre en esta materia asumió una decisión corrigiendo la tesis que hasta la fecha había sido acogida, lo que de manera alguna la hace arbitraria o contraria al marco constitucional.

Es más, con posterioridad y en acogimiento de este fallo, tanto la Subsección A como la B han negado la aplicación de la figura de la retrospectividad para situaciones similares a la de la presente demanda¹⁹, por lo tanto no puede aseverarse -como lo hace la parte demandante en su alzada- que el fallo apelado es inconstitucional, puesto que lo hecho por el *a quo* fue dar aplicación a un precedente vertical que no sólo lo obliga, sino que se trata de un antecedente asumido en pleno por la Sección Segunda que, como se dijo, es a quien atañe la unificación y/o rectificación en estos asuntos.

Resultado de lo dicho, la norma que regula la situación del causante Sr. Luis Eduardo García Orrego es la especial vigente para el momento de su fallecimiento, es decir, lo dispuesto en el Decreto Ley 2063 de 1984, por ende no es factible conceder el derecho reclamado por la accionante aplicando retrospectivamente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, porque por esta vía -conforme la nueva posición - se desconocería el principio de irretroactividad de la ley derivado de la Ley 153 de 1887.

II. Despejado lo anterior, estima la Sala que en el *sub lite*, dadas las circunstancias particulares que se presentan y en aplicación del criterio auxiliar de equidad, procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la actora con apego al

Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: "Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general".

¹⁹ Ver pie de página 9.

régimen especial que regía para el momento del fallecimiento de su cónyuge, es decir conforme el Decreto Ley 2063 de 1984.

Con relación al tema de la aplicación del criterio auxiliar de equidad consagrado en el artículo 230 Superior, dijo la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 13 de julio de 2006²⁰:

La aplicación de la equidad constituye uno de los temas complejos de la jurisprudencia, pues a nadie escapa que una decisión judicial basada solamente en el principio de la equidad y alejada del texto legal, llevaría a un subjetivismo judicial que no puede tener cabida en un Estado de Derecho, como quiera que un juez sin el freno legal, está en riesgo de fallar de acuerdo con sus tendencias ideológicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen.

La equidad se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia, que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

(...)

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que “un texto preciso de la ley” y que los jueces “no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella”. Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución.”

Ahora bien, el artículo 120 del Decreto 2063 de 1984, “*por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional*”, en el cual se ampara la entidad accionada en el acto cuestionado para negar lo que pretende la actora, exigía que un Agente para tener derecho a pensión por muerte en simple actividad debía tener cumplidos al momento de su fallecimiento quince (15) años de servicio.

Dentro del plenario está probado que el Sr. Luís Eduardo García Orrego al momento de su muerte -el 21 de diciembre de 1987- contaba con 14 años 4 meses 16 días al servicio de la Policía Nacional que, con los tres meses de alta que deben ser tenidos en cuenta para efectos de prestaciones sociales²¹, se extendieron hasta el 21 de marzo de 1988, para un total de 14 años 7 meses 16 días, que equivalen al 98% del 100% que representan los quince (15) años de servicio.

Considerando que el juez debe estar inspirado al momento de realizar la interpretación normativa por principios de justicia material y no formal, y que conforme el criterio auxiliar de equidad, éste se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal, para la Sala es claro que si del 100% de la exigencia legal aplicable para este caso (15 años de servicio), el causante y cónyuge de la accionante alcanzó a cumplir el 98% (14 años 7 meses 16 días), no existe justificación real alguna que invalide el derecho a otorgarle el reconocimiento pensional bajo el régimen especial dispuesto en el aludido decreto, máxime que el ínfimo 2% restante, representado en escasos 4 meses 14 días, no lo alcanzó a cumplir por un simple capricho o decisión suya, sino por el acaecimiento de un hecho fortuito como es la muerte.²²

Aunado a lo anterior, como está acreditado que la demandante y cónyuge supérstite del causante en la actualidad cuenta con 77 años de edad, al haber nacido en 1948, es diáfano que la hace merecedora de una protección especial, conforme lo ha

21

En la parte final del artículo 103 del Decreto Ley 2063 de 1984 textualmente decía:

“El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales”

22

Valga decir que en oportunidades anteriores, y bajo ciertas circunstancias que resultan parecidas al caso bajo estudio, en aplicación de criterios equidad y justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha ordenado reconocer prestaciones pensionales cuando lo que faltaba para cumplir el requisito de ley ha sido menor y obedece a circunstancias ajenas al querer del interesado, tal y como lo resolvió, v.gr., en sentencias de la Subsección A, del 26 de octubre de 2006, radicado interno 4109-04, CP Dr. Jaime Moreno García, y del 10 de octubre de 2013, radicado interno 1776-12, CP Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, y la Subsección B, la sentencia del 30 de septiembre de 2010, radicado interno 1067-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, por mencionar algunas.

estimado nuestro Tribunal Constitucional en su profusa jurisprudencia, de ahí que dejarla en el vacío al negarle la pensión de sobrevivientes, a pesar de las particularidades reseñadas, sería exponerla a condiciones de indignidad por una lectura literal y árida de la norma, comprometiendo su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital que, por supuesto, ofendería su derecho esencial a una vida digna.

En cuanto al objeto y/o propósito de la pensión de sobrevivientes la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que *“es una prestación social fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes siempre estará ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital y por tanto, adquiere el carácter de fundamental.”*(Sentencia T-584 de 2011).

Resolución del caso

Dadas las particularidades resaltadas, la Sala considera que es viable acceder en el caso concreto a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la Sra. María Dioselina Raigosa de García, en su condición de cónyuge supérstite del causante, conforme lo establecía el literal c) del artículo 120 del Decreto Ley

2063 de 1984, que comporta por derecho propio su afiliación al sistema de seguridad social en salud que rige para los miembros de la Policía Nacional.

Igualmente, en aplicación del criterio de equidad, esta Colegiatura estima que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse descontando, del 100% que arroje la liquidación de la mesada pensional, el 2% del faltante para el cumplimiento de los quince (15) años de servicio exigidos en la norma.

En razón de la prescripción cuatrienal de los derechos prestacionales de los miembros de los Agentes de la Policía Nacional que contemplaba el artículo 112²³

²³

“ARTÍCULO 112. PRESCRIPCIÓN. El derecho a reclamar las prestaciones unitarias y las mesadas de las prestaciones periódicas consagradas en este estatuto, prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual...”

del Decreto Ley 2063 de 1984, y que el reclamo en sede administrativa lo presentó la demandante el 9 de abril de 2010, las mesadas causadas con antelación al 9 de abril de 2006 se encuentran prescritas. Motivo por el cual se declarará probada esta la excepción.

De otra parte, estima la Sala, como lo ha considerado en anteriores oportunidades la Corporación, que el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el presente caso no da lugar a restituir las sumas que le fueron canceladas a la actora por concepto de indemnización por la muerte de su cónyuge; no sólo porque no existe incompatibilidad alguna para ello, sino que la presunción de legalidad del acto por el cual le fue reconocida dicha indemnización se mantiene incólume. En efecto, en un caso similar al que nos ocupa, señaló la Sección Segunda, Subsección A, en

sentencia del 17 de mayo de 2012²⁴:

“De acuerdo con lo anterior, la indemnización por muerte del Agente y las cesantías dobles, no son incompatibles con la pensión de sobrevivientes, pues el derecho a recibir las dos primeras se causa con el hecho del fallecimiento, independientemente de que haya lugar al reconocimiento del segundo (pensión de sobreviviente) para el cual se exige además que el causante haya prestado sus servicios por 12 años.

(...)

Por lo anterior, la Sala no encuentra justificada la obligación impuesta de restituir las

sumas pagadas por concepto de indemnización por muerte del causante, máxime cuando la indemnización objeto de discusión, fue reconocida mediante un acto administrativo, Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y por ende conserva plena validez.

En esas condiciones, se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas que accedió a las pretensiones de la demanda, y se revocará en cuanto ordenó el descuento de los valores que por concepto de indemnización por muerte del Agente Rodolfo Dávila Valencia, según Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, en su lugar se dispondrá que no hay lugar a descuentos por dicho concepto.”

En consecuencia se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo censurado. A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reconocer, liquidar y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes en las condiciones del literal c) del artículo 120 del Decreto Ley 2063 de 1984, restando del 100% de la mesada pensional que arroje la liquidación un 2% de acuerdo a lo anotado en renglones anteriores, con los respectivos reajustes legales y la suma que arroje será actualizada.

Decisión

²⁴ Radicado interno 1578-09, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- REVÓCASE la sentencia del 18 de octubre de 2013, proferida por la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En su lugar:

Segundo.- DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 9336 ARPRES-GRUPE del 5 de mayo de 2010, suscrito por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a

la señora MARÍA DIOSELINA RAIGOSA DE GARCÍA.

Tercero.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional reconocer, liquidar y pagar a la señora MARÍA DIOSELINA RAIGOSA DE GARCÍA, identificada con la C.C. 22.039.518 expedida en Santa Bárbara (Antioquia), una pensión mensual de sobrevivientes en los términos consagrados en el literal c) del artículo 120 del Decreto Ley 2063 de 1984, de acuerdo con las precisiones realizadas en la parte motiva, junto con los reajustes legales.

La suma que arroje deberá ser actualizada a la fecha, desde el año 1987 (último año de servicio), de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte actora, por concepto de pensión de sobrevivientes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que se causó cada una de ellas.

Cuarto.- DECLÁRASE probada la excepción de prescripción conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído, por lo tanto el pago de las mesadas pensionales se hará efectivo a partir del 9 de abril de 2006.

Quinto- La entidad dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Sexto.- Se reconoce personería para actuar como apoderado de la Nación -

Ministerio de Defensa - Policía Nacional, al Dr. Ronald Alexander Franco Aguilera, identificado con la C.C. No. 74.245.716 y T.P No. 210.268 del C.S. Judicatura, en los términos y para los efectos consagrados en el poder que obra a folio 160.

Séptimo.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN