



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, seis (6) de agosto de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Demandante: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL – SUCRE
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RECONOCIMIENTO PENSIONAL - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - REQUISITOS DE PARA ACCEDER A LA PENSIÓN PREVISTA EN LA LEY 91 DE 1989 y DECRETO 224 DE 1972.

SENTENCIA No. 055

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 06 de febrero de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó por intermedio de apoderado judicial al

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

municipio de Corozal, solicitando la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto, producto del silencio guardado por el Municipio de Corozal, frente a su petición de 03 de febrero del 2011, el cual denegó el reconocimiento de pensión de sobreviviente.

Como consecuencia de tales declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara a la entidad demandada a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobreviviente reclamada, según lo establecido en el artículo 48 de la ley 100 de 1993, con efectividad a partir del 31 de agosto de 1993.

Por otra parte, solicitó descuento del 12%, por conceptos de aportes a salud, a partir en que efectivamente se realice su afiliación a la correspondiente E.P.S. Así mismo, se condene a la parte demandada al pago de las costas que ocasione el proceso y, se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del C.P.C.A.

2.2. Hechos¹.

La Sala los compendia así:

Asegura que, el señor OMER DEL CRISTO PÉREZ MERCADO, quien era su hijo laboró para el municipio de Corozal, desde el 3 de febrero del 1989, hasta el 31 de agosto del 1993, fecha en que se produjo su fallecimiento; sobreviviendo en calidad de madre, dependiente de aquel para satisfacer sus necesidades mínimas vitales, quien era soltero y no procreó hijos.

Mediante apoderado, solicitó la pensión de sobreviviente el 3 de febrero del 2011 al Municipio de Corozal, para que este accediera a reconocerle dicha pensión, el cual da respuesta a la petición mediante la resolución 0493 del 18 de agosto del 2011, donde emite concepto de quienes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, pero no da una respuesta de fondo a lo solicitado por la accionante, por lo que se entiende que al no haber una respuesta definitiva, se entiende que la misma es negativa.

2.3. Trámite procesal

La demanda se presentó el 01 de abril de 2013², siendo admitida por auto del 15 de abril de esa anualidad³, notificada a la parte demandada⁴ y al Ministerio Público.

¹ Folios 2-3 C. Ppal. 1.

² Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 11; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 32.

³ Folio 34

⁴ Folio 35-36 ídem, el día 29 de mayo de 2013.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

2.4. Contestación de la demanda

El municipio de Corozal no dio contestación a la demanda.

2.5. Sentencia apelada⁵

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 06 de febrero de 2015, denegó las pretensiones puesto que no se logró demostrar que la señora Mercado Canchila, fuese acreedora de la pensión de sobreviviente aquí reclamada, por cuanto el deceso de su hijo(Q.E.P.D) se produjo antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede aplicar una norma de manera retrospectiva, y donde resulta inadecuado dar espacio al principio de favorabilidad, ante la inexistencia de la norma favorable para la época en que se consolidó el derecho demandado.

Como fundamento de su decisión, el a quo señaló que para el 31 de agosto de 1993 el señor Pérez Mercado(Q.E.P.D), venía vinculado como docente oficial de primaria en el Municipio de Corozal, fecha en la que ocurrió su fallecimiento, año en el que aún no estaba vigente la ley 100 de 1993, dado que la misma entra en vigencia a nivel Nacional el 01 de abril de 1994 y a nivel territorial el 30 de junio de 1995, lo que lleva a concluir que al no estar vigente esta legislación para la fecha del fallecimiento del señor Pérez Mercado, (Q.E.P.D), el derecho a la pensión de sobrevivientes quedó recogida por la ley anterior a la misma, que para el caso es la ley 91 de 1989.

2.6. Apelación⁶

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso contra aquél pronunciamiento recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de esa providencia; en su lugar, conceder las pretensiones de la demanda, aduciendo los siguientes argumentos.

Lo primero que advierte, es que en el fenómeno de la retrospectividad de las normas se aplica a partir del momento de entrar en vigencia, pero que los efectos jurídicos no se consolidan al momento de entrar a regir la nueva disposición, por cuanto se configuraría la retroactividad de la Ley; lo que concierne es establecer si los efectos se finiquitaron o no, para saber ante cuál de las normas se actúa (Sentencia C-177/2005), de la misma forma cita el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para fundar su argumento en la favorabilidad de la norma laboral y la aplicabilidad de la nueva norma en su integridad, sin violar el principio de inescindibilidad de la misma.

⁵ Folios 110-114 C. Ppal.

⁶ Folios 132-139 y 140-147 C.Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

Manifiesta que, desde el agotamiento de la vía gubernativa, hasta culminar el proceso judicial de primer grado, se insistió en la aplicación retrospectiva de la ley, por cuanto el causante falleció antes de entrar en vigencia la nueva norma, apoyando sus argumentos en la jurisprudencia, trayendo a colación las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, con el fin de demostrar que la señora Mercado Canchila si tiene derecho a la pensión de sobreviviente de conformidad a lo establecido en la ley 100 de 1993:

- Corte Constitucional = Sentencia T-891 de 2011: *“31. Como quiera que el precedente establecido por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Caldas permiten la aplicación retrospectiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 a efectos de otorgar la pensión de sobrevivientes, es claro que la peticionaria cumple los requisitos establecidos por dicho artículo para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.”*
- Corte Constitucional = Sentencia T-072 de 2012: *“DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - Interpretación del Consejo de Estado por aplicación retrospectiva de la ley cuando el causante falleció antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93. El Consejo de Estado ha admitido, de forma reiterada, la aplicación retrospectiva de la ley en materia de pensiones.”*
- Corte Constitucional = Sentencia T-891 de Junio del 2011: *“La tesis que aquí se expresa en cuanto a la posibilidad de aplicar retrospectivamente la ley en materia pensional, ha sido desarrollada en anteriores oportunidades por la jurisprudencia de la Corporación, citando para el caso concreto la sentencia de septiembre 10 de 1992, Consejero Ponente: Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente No. S-182, Actor: María del Carmen Alarcón viuda de Farfán, en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, señaló, que en materia prestacional debe aplicarse la ley de manera retrospectiva.”*
- Corte Constitucional = Sentencia T-515 de Julio de 2012: *“5.14. Así las cosas, la Sala encuentra que el asunto objeto de estudio plantea dos posibles soluciones acordes con la Constitución Política: aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Decreto Ley 433 de 1971 y, en consecuencia, resolver el caso con base en la Ley 90 de 1946; o bien, aplicar la Ley 100 de 1993 a la situación de la peticionaria, considerando que, en caso de no hacerlo, se ubica a la accionante en un déficit de protección incompatible con su condición de sujeto de especial protección constitucional; y en una situación de desventaja frente a los padres y madres que dependen económicamente de sus hijos en el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993.*
- Consejo de Estado = Sentencia del 29 de abril de 2010, consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: *“Se descarta por ende en el sub examine una aplicación retroactiva de la Ley por cuanto ello sucedería si la Ley nueva estuviera entrando a regular situaciones consolidadas de pleno derecho bajo un ordenamiento anterior cobrando efectos respecto del hecho jurídico desde el momento de su consumación; muy al contrario, la retrospectividad en materia laboral implica la aplicación de un ordenamiento nuevo y favorable a partir de la fecha de su vigencia a un hecho jurídico acaecido con anterioridad, en este caso, la aplicación de una Ley favorable en materia de sustitución pensional a favor de la actora -Ley 12 de 1975- a un hecho jurídico ocurrido previamente -como lo fue el fallecimiento del Agente José Celedonio Orjuela Álvarez el 6 de octubre*

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

de 1970-, con efectos jurídicos a partir de su entrada en vigencia, esto es, a partir del 29 de enero de 1975, situación que se ve ampliamente modificada en el sub lite por el fenómeno prescriptivo derivado de la excesiva tardanza con que la demandante acudió a agotar la vía gubernativa.”

- Consejo de Estado = Sentencia del 2 de junio de 2011, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve: “ la tesis que aquí se expresa en cuanto a la posibilidad de aplicar retrospectivamente la ley en materia pensional, ha sido desarrollada en anteriores oportunidades por la jurisprudencia de la corporación, citando para el caso concreto la sentencia de septiembre 10 de 1992, concejero ponente: Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía, expediente N° S182, actor María Del Carmen Alarcón Viuda De Farfán, en la cual la sala plena de lo contencioso administrativo, señaló, que en materia prestacional debe aplicarse la ley de manera retrospectiva”

Luego de exponer lo contenido en cada sentencia, concluye que los fallos emitidos en estas, se relacionan al caso bajo estudio, siendo favorables al proceso, por cuanto pide tenerlas en cuenta, para poder otorgarle a la señora Mercado Canchila la pensión de sobreviviente, de conformidad a lo establecido en la ley 100 de 1993, así mismo, ratifica las pretensiones de la demanda, aclarando que el Municipio de Corozal, al no haber cumplido con el deber de afiliar al señor Pérez Mercado (Q.E.P.D) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le corresponde asumir dicha responsabilidad.

2.7. Actuación en segunda instancia.

A través de auto del 26 de marzo de 2015⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la accionante en contra de la sentencia de primera instancia, por auto del 23 de abril de 2015, se corrió traslado a las partes por diez (10) días para que alegaran de conclusión⁸.

2.8. Alegatos de conclusión.

El demandante, el demandado y el Ministerio Público, guardaron silencio en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia, debidamente delimitada en el acápite inicial de esta providencia, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales.

El Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por considerar que

⁷ Folio 4 C. de Alzada.

⁸ Folio 13 C. de Alzada.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

el señor OMER DEL CRISTO PÉREZ MERCADO, no cumplía los requisitos para que se consolidara a favor de su familia el derecho a recibir una pensión de sobreviviente, hecho que impide ceder a la demandante la sustitución de la mencionada prestación y además, que no es posible concederle la pensión de sobrevivientes de que trata el Art. 46 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la misma no estaba vigente para la época del deceso del mencionado señor, el cual ocurrió el 31 de agosto de 1993.

Por su parte, la inconformidad de la demandante está relacionada con la falta de observancia del precedente jurisprudencial que permite que en aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional docente se pueda aplicar una norma retrospectivamente.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el señor Omer Pérez Mercado, laboró como Maestro oficial de primaria al servicio del Municipio de Corozal- Sucre, por un lapso de 4 años, 6 meses y 26 días⁹, tiempo durante el cual cotizó más de las 26 semanas exigidas en el Art. 46 ibídem, para generar el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes en cabeza de sus beneficiarios.

3.1. Problema jurídico.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente aplicar el fenómeno de la retrospectividad de la ley en materia pensional, en este caso, atendiendo al principio de favorabilidad y que el señor OMER DEL CRISTO PÉREZ MERCADO (Q.E.P.D), falleció antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993?

¿Tiene derecho la señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA, a que se le reconozca la pensión de sobreviviente de conformidad con lo señalado en la ley 100 de 1993, sin aun haber entrado en vigencia?

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación, se detendrá la Sala en dichos temas, para arribar a su mérito, a saber: (i) de la pensión de sobreviviente en el régimen especial de los docentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993; (ii) de la pensión de sobrevivientes en el régimen de pensiones del sistema general de seguridad social integral; (iii) principio de favorabilidad en materia pensional; (iv) de la retrospectividad y retroactividad de la ley; (v) caso concreto (vi) conclusión.

⁹ Folio 25 C.Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

3.2. De la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de los docentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

La Sala, atendiendo a que el señor OMER PÉREZ, falleció el 31 de agosto de 1993, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, advierte la Sala que la pensión de sobreviviente, se encontraba regulado con los parámetros del Decreto 224 de 1972, Ley 12 de 1975, en concordancia con la ley 71 de 1988, de allí que procederá a examinar estos preceptos regulatorios.

En relación con la pensión de sobrevivientes, se encuentra el Decreto 224 de 1972 “por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, al servicio del Ministerio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios”, que en su Artículo 7º dispone:

Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años

De acuerdo a lo anterior, la normatividad que ampara a los beneficiarios del docente fallecido, se encuentra previsto en el Decreto 224 de 1972, que consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes pero solo para los profesores que hubiesen laborado en planteles oficiales durante 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el conyugue y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su deceso.

3.3. De la pensión de sobrevivientes en el Régimen de Pensiones del Sistema General de Seguridad Social Integral.

De otro lado la ley 100 de 1993, por la cual se establece el régimen general de seguridad social – norma que solicitan los demandantes sea aplicada-, en forma específica reguló lo relacionado con la pensión de sobrevivientes, señalando en su artículo 46 -inicial- los requisitos que se deben cumplir para poder acceder a ella, así:

ARTÍCULO 46. Requisitos Para Obtener La Pensión De Sobrevivientes. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o.

La disposición anterior fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 1993, en cuyo numeral 2º estableció:

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (...)”

ARTICULO 47. **Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;

A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.
(Subrayas de la Sala)

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

“ARTICULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley. (...)”.

De acuerdo con lo anterior, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se encontrara cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte.
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.

La pensión de sobrevivientes surge como una de aquellas prestaciones que tiene por fin proteger a la familia que se ve desamparada por la muerte de quien proveía el sustento del núcleo familiar, entregando una prestación económica equivalente a lo que se dejó de percibir con ocasión del fallecimiento del causante, y salvaguardarlos así de la completa desprotección y de la posible miseria y exigía como requisito para acceder a la misma, una cotización mínima de 26 semanas, la cual se debía estar efectuando al momento de la muerte o, en caso de haber dejado de cotizar, haberla realizado en el año anterior a la mencionada novedad.

Al respecto la H. Corte Constitucional¹⁰ ha indicado que la pensión de sobrevivientes, tiene como finalidad “evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido”.

Cotejando los dos regímenes, se observa que existe una diferencia ostensible en los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras que el Decreto 224 de 1972 establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta ser más beneficiosa al requerir tan sólo 50 semanas de cotización en los últimos 3 años.

¹⁰ Sentencia T- 110 de 22 de febrero de 2011. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

3.4. Principio de favorabilidad en materia pensional.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado en virtud la Ley 91 de 1989¹¹; exclusión que encuentra su justificación en la medida en que los regímenes especiales “...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 éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social¹²” .

No obstante, el Art. 288 íbidem, desarrolló en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir que: “*Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que 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*”; en virtud de lo cual tendrán aplicación las normas especiales en tanto resulten más favorables que el régimen general, pues lo contrario implicaría que la prerrogativa conferida por dicho régimen a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha prohijado por la aplicación de la retrospectividad de la Ley en aplicación del principio de favorabilidad “*porque en materia laboral la retrospectividad solo cabe para normas favorables al trabajador y no para normas restrictivas. La Corte ha dicho en la T-01/99 (M.P. José Gregorio Hernández), que el alcance del principio de favorabilidad, en la Constitución se entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho¹³”...*” .

¹¹ El Art.279 de la Ley 100 de 1993 preceptúa: “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 expida.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

¹³.Sentencia T-439-00 de 14 de abril de 2000, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En igual sentido sentencias T-292-95 y T-827-99.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

En igual sentido, en 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 GÓMEZ ARANGUREN, respecto al principio de favorabilidad en materia de pensiones estableció:

“La jurisprudencia de esta Corporación 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.”

De conformidad con lo anterior, estima la Sala que para aplicarse el principio de favorabilidad, es necesario que coexistan dos regímenes, uno general y otro particular vigentes. En el caso concreto de los docentes para la fecha en que sucedieron los hechos, existía la norma especial consagrada en el artículo 7 del decreto 224 de 1972 y la norma general de pensión, establece en la Ley 33 de 1985, estatuto este que no prevé la pensión de sobreviviente, como si lo hace el primero; ya que este solo exige 18 años, mientras que el segundo exige 20 años, y el cumplimiento de la edad. Es decir, no hay favorabilidad en la norma general y si en la especial.

3.5. De la retrospectividad y retroactividad de la ley.

Sobre este aspecto, es importante traer a colación lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-068/13, del 13 de febrero de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, la cual señaló:

“Mientras la retroactividad se refiere a la aplicación de la ley a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de normas derogadas, la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo. Con base en lo expuesto, este Tribunal delimitó conceptualmente los citados efectos de la ley en el tiempo, frente a lo cual concluyó que el fenómeno de la retrospectividad es enteramente compatible con el principio de legalidad. Sobre el particular, dijo que: “(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.”

Desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que la retrospectividad es un instituto clave en la comprensión de los tránsitos legislativos, en donde un régimen jurídico particular es reemplazado por otro. La retrospectividad opera como un dispositivo que permite la aplicación general e inmediata de un nuevo orden jurídico, a la vez que evita lagunas normativas sobre la determinación del derecho vigente.”

De lo antes expuesto, se permite concluir la Sala, que la retrospectividad de la norma, se aplica cuando hay un régimen de transición, que permite utilizar una norma general de un nuevo orden jurídico a situaciones que sean consolidado en el pasado o que están por consolidarse, pero que requieren que estén vigentes al momento en que se solicita su aplicación.

La Ley 100 de 1993, entro en vigencia para los empleados del orden Nacional el 01 de abril de 1994, y el señor Pérez Mercado, murió el 31 de agosto de 1993, es decir aún no se encontraba en vigencia dicha Ley. Para ser aplicada esta normatividad retrospectivamente, el señor antes mencionado tenía que haber vivido más allá de la entrada en su vigencia, con el objeto de examinar si el Decreto 224 de 1972, le era aplicable por su condición de docente, o si la Ley 100 de 1993 de manera retrospectiva.

En ese sentido, debe interpretarse lo manifestado por nuestro máximo Tribunal Constitucional sobre el fenómeno de la aplicación de la Ley en el tiempo.

La retroactividad de la Ley, es cuando se aplica una Ley a una situación ocurrida antes de su vigencia, para el tema pensional es importante traer a colación una situación análoga, sobre la cual tuvo oportunidad de pronunciarse, al respeto la sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia del 19 de febrero de 2015, Expediente N° 05001-23-31-000-2011-00501-01(3533-13), Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, direcciona:

“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 Pulgarín 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 frente a 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 comenzó a regir a partir del 1º de abril de 1994.(..)

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

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 anterior, 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 la forma que antecedente, se acoge lo dispuesto por esta Sala en la Sentencia del 25 de abril de 2013 EXP.1605-09, con ponencia de quien redacta la presente, en la que se rectificó la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012, en las que, en 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.(...)

En consecuencia, la Sala deberá determinar si hay que aplicar la retrospectividad o no, porque se está frente a un caso de retroactividad, para tal fin abordara el,

3.5. Caso concreto.

En el sub iudice, el objeto de las pretensiones de la demanda se centra principalmente, en el reconocimiento de una pensión de sobreviviente de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 a favor de la madre (ascendiente) del fenecido, para lo cual es necesario determinar lo que está debidamente probado en el presente asunto, conforme a los elementos de juicio que reposan en el expediente.

En ese orden de ideas, en cuanto a la calidad de beneficiaria de la actora de la prestación aludida, al expediente se allegó:

- Registro de Defunción¹⁴, con lo cual se demuestra que el señor Omer del Cristo Pérez Mercado, falleció el 31 de agosto de 1993.
- Registro civil de Nacimiento¹⁵, que demuestra la filiación con la peticionaria.
- Acta de declaración JURAMENTADA¹⁶, rendida por el señor ÁNGEL RAFAEL MERCADO CANCHILA, en la que se manifiesta que OMER DEL CRISTO PÉREZ MERCADO, fue hijo de la señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA, y que esta dependía económicamente del finado, quien era la persona encargada de suministrarle todo lo referente a sus necesidades básicas y fundamentales para vivir, (no asistió a la audiencia)

¹⁴ Folio 27 C. Ppal. I.

¹⁵ Folio 26 C.Ppal. I

¹⁶ Folio 29 C.Ppal. I

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

- Actas de declaraciones JURAMENTADAS, rendidas por el señor RAFAEL EMIRO MERCADO DÍAZ¹⁷, en la que se manifiesta que OMER DEL CRISTO PÉREZ CANCHILA, fue hijo de la señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA, y que esta dependía económicamente del finado, quien era la persona encargada de suministrarle todo lo referente a sus necesidades básicas y fundamentales para vivir, ratificado en audiencia de testimonio dentro del proceso, el 04 de Diciembre de 2013-(folio 63 a 64)
- Certificación de la Secretaria General Administrativa y de Gobierno del Municipio de Corozal, donde certifican que el señor OMER DEL CRISTO PÉREZ MERCADO, laboró como maestro de primaria de ese Municipio entre el 03 de febrero de 1989, hasta el 31 de agosto de 1993.¹⁸
- Certificados de información laboral, formato 1 y formato 2, expedido por el Municipio de Corozal, donde consta a donde fueron cotizados los aportes del señor Pérez Mercado, mientras trabajó, con ese ente territorial¹⁹

Conforme a las pruebas relacionadas, se tiene que al momento del fallecimiento del señor OMER PÉREZ CANCHILA, se desempeñaba como docente oficial del Municipio de Corozal, en el cual laboró 4 años ,6 meses y 26 días.

Ahora bien, en principio para el *sub judice* la norma aplicable sería la Ley 91 de 1989 por cuanto el fenecido fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, ya que su régimen pensional corresponde a la norma antes mencionada, porque era la norma vigente al momento de su deceso.

El apelante solicita se le aplique retrospectivamente la Ley 100 de 1993 por ser más favorable al exigir menos requisitos, para obtener la pensión de sobreviviente que lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972, norma que estaba vigente el 31 de agosto de 1993, cuando el señor Pérez Mercado, falleció.

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.”

¹⁷ Folios 23 y 30 C.Ppal. I

¹⁸ Folios 20 y 25 C.Ppal.I

¹⁹ Folios 76 y 77 C.Ppal.I

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

Es decir, al no estar vigente la Ley 100 de 1993, al momento del fallecimiento del causante, no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada; de manera que las normas aplicables son las vigentes para la época, de forma tal que resolver dicha situación a la luz de una norma que fue expedida con posterioridad sería darle un efecto retroactivo a la misma, lo cual no está permitido, tal como lo manifiesta la jurisprudencia citada en el acápite 3.5 de este fallo. Para ser aplicada esta normatividad retrospectivamente, el señor antes mencionado tenía que haber vivido más allá de la entrada en su vigencia, con el objeto de examinar si el Decreto 224 de 1972, le era aplicable por su condición de docente, o si la Ley 100 de 1993 de manera retrospectiva, lo cual no ocurrió.

La Sala se permite aclarar que las jurisprudencias citadas por el recurrente, fueron aplicadas por la sección segunda del Consejo de Estado, hasta cuando se rectificó esa posición, a partir del 25 de abril de 2013, providencia que fue la utilizada por el fallo de primera instancia, para negar las pretensiones, y que es la posición actual del precedente que debe ser respetado.

Así las cosas, esta Sala de Decisión conviene en la confirmación de la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

3.7. Conclusión.

En este orden de ideas, considera esta Corporación que la respuesta al problema jurídico planteado es negativo, por cuanto se tiene que la demandante no tiene derecho a acceder a la pensión de sobreviviente establecidas en los artículos 46 y 48 de la ley 100 de 1993, a la luz de los preceptos antes citados, ya que hacerlo sería aplicar esta normatividad de forma retroactiva; lo cual no es permitido toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su hijo se consolidan en vigencia del Decreto No. 224 de 1972, el cual exigía 18 años de servicios a la docencia y como no cumplió ese requisito, no es viable su reconocimiento, como ya lo había sostenido el A quo.

3.8. Condena en costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas en ambas instancias, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Como quiera que el recurso de apelación no prosperó, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA. La liquidación se hará conjuntamente por el juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

Expediente: 70-001-33-33-007-2013-00043-01
Actor: RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL CON LA LEY 100 DE 1993

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del 06 de febrero de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la demanda interpuesta por la señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA en contra del MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la parte demandante, esto es, a la señora RAQUEL ALICIA MERCADO CANCHILA. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sección ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 115.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado