



Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

Cartagena de Indias D. T. y C., seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	13001-23-33-000-2016-0504-00
demandante:	DAMARIS MORALES MENDOZA
demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL
Tema:	RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE CÓNYUGE SUPÉRSTITE
Magistrada Ponente:	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso adelantado por la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones.

La demanda se dirige esencialmente a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13532 del 15 de agosto de 2007, mediante el cual la Policía Nacional, negó la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente a la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, en su condición de cónyuge supérstite del señor AG JOSÉ ABSALON RODRÍGUEZ LINARES.

A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de la anterior declaración, se solicita que se condene a la demandada a que i) reconozca y pague a la demandante la pensión de sobreviviente a que tiene derecho, y las mesadas pensionales retroactivas causadas desde que se generó el derecho hasta cuando sea efectivamente incluida en la nómina de pensionados de la Policía Nacional, debidamente ajustada e incrementada anualmente, e indexada; ii) pague los correspondientes intereses moratorios; iii) pague a la demandante la suma de 97 SMLMV como indemnización por el daño moral; y) pague la suma de 97 SMLMV como indemnización por la alteración de las condiciones de existencia; vi) pagar las agencias en derecho equivalentes al 20% del valor de las pretensiones reconocidas.

1.2 Hechos

Se resumen así:



Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

1.2.1 La señora DAMARIS MORALES MENDOZA y JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ, contrajeron matrimonio católico el 25 de julio de 1981, en la Iglesia del Municipio de Santa Catalina-Bolívar. De dicha unión nacieron los hijos LUIS EDUARDO, LINA MERCEDES y JOSÉ ABSALON LINAREZ MORALES, los cuales a la fecha son todos mayores de edad.

1.2.2 El señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ estuvo vinculado a la Policía Nacional en condición de Agente (AG) desde el 10 de enero de 1980 hasta el día 4 de marzo de 1987, fecha en que falleció de manera violenta en actos del servicio en el Municipio de San Martín de Loba - Bolívar.

1.2.3 La señora DAMARIS MORALES MENDOZA, mediante petición del 6 de agosto de 2007, solicitó a la Policía Nacional, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en condición de cónyuge supérstite del agente fallecido.

1.2.4 Se afirma que la anterior solicitud fue resuelta de manera irregular, mediante el oficio No. 13532 de fecha 15 de agosto de 2007, por parte de la SECRETARÍA GENERAL ÁREA PRESTACIONES SOCIALES DE LA POLICIA NACIONAL.

1.2.5 La señora Damaris Morales Mendoza se desempeñó siempre como madre ama de casa, dedicada al cuidado, atención y crianza personal de los hijos, por lo cual dependía moral y económicamente de su cónyuge JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ.

1.2.6 Mediante Resolución No. 1870 del 22 de marzo de 1988, la Policía Nacional le reconoció a la señora Damaris Morales Mendoza y a los menores Luis Eduardo, Lina Mercedes y José Absalon Linares Morales, en condición de esposa e hijos beneficiarios del causante, una indemnización por muerte y auxilio de cesantías.

1.2.7 Que para la fecha del deceso del Agente JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ, estaban vigentes los artículos 5 y 20 del Decreto 3041 de 1966, norma general del ISS, que regulaba el derecho a la pensión de sobreviviente, debiendo tenerse como tiempo de servicio para la pensión el tiempo en que el señor LINARES RODRÍGUEZ prestó el servicio militar entre los años 1978 y 1979.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Se señalan como normas vulneradas las siguientes:

La Constitución Política, artículos 1º, 2º, 13, 23, 48 y 53.

Artículos 1, 5 y 20 del Decreto 3041 de 1966 y artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993.





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

Como concepto de violación, señala que la demandada vulnera las normas Constitucionales y legales alegadas, dado el Acto acusado fue expedido de manera irregular, puesto que se aplicó el Decreto 2063 de 1984, el cual contemplaba que para el reconocimiento de pensión por muerte en simple actividad, se requería que el policía hubiere cumplido 12 años o más de servicio, señalando que el señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ al momento de su fallecimiento, sólo había laborado por espacio de 7 años, 2 meses y 27 días. Pero en realidad, las normas vigentes para la fecha del deceso, eran los artículos 5 y 20 del Decreto 3041 de 1966 - norma general del ISS que regulaba el derecho a la pensión de sobreviviente - en virtud de los cuales, para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, se debían acreditar 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos 3 años. Esta norma es la que se debió aplicar a la demandada en aplicación del principio de favorabilidad, tal y como lo ha considerado el H. Consejo de Estado en fallos de los años 2009, 2011 y 2012 que cita en su demanda.

En esos términos, y si para los mismos efectos se aplicara el Decreto 3041 de 1966, o sus sucesores 758/1990 y Ley 100 de 1993, debería reconocerse la prestación periódica reclamada, máxime cuando estas normas generales son menos exigentes en cuanto a requisitos que el Decreto 2063 de 1984.

Aduce además que el señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ, prestó el servicio Militar al Ejército Nacional entre los años 1978 y 1979, y que dicho tiempo debió tenerse en cuenta como aporte pensional.

Finalmente expone que la negativa por parte de la entidad a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente solicitada, prolongó el dolor y sufrimiento padecido por la muerte de su esposo, pues al quitarle la oportunidad de recibir un ingreso estable que le permitiera vivir holgada y dignamente en igualdad con las viudas de los demás policías, se vio en la obligación de lavar y planchar a otras familias, para mitigar las carencias de ella y sus hijos por la ausencia de su finado esposo.

2. LA CONTESTACIÓN¹

La Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a todas las pretensiones, aduciendo que el Acto acusado fue expedido conforme a la normatividad vigente a la fecha en que se causó el deceso del señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ - 4 de marzo de 1987 - esto es el Decreto 2063 de 1984, que para el reconocimiento de pensión de sobreviviente, exigía que el

¹ Fls. 40-49.





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

policía tuviera un tiempo mínimo de 12 años de servicio, siendo que para el caso concreto, el señor Linares Rodríguez solo tenía un tiempo de servicio de 7 años, 2 meses y 27 días, y que en todo caso no existe prueba dentro del expediente que demuestre que el causante haya prestado el servicio militar en el Ejército en el periodo que se alega.

Señala que si bien la Jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional concluyen que es posible dar aplicación al régimen general de pensiones frente a regímenes especiales como el de la Policía Nacional por ser más favorable, no es menos cierto que para que se aplique este principio, es requisito indispensable que al momento del fallecimiento del causante, estuviera vigente la Ley 100 de 1993. Lo cual no ocurre en el presente caso, toda vez que el señor Linares Rodríguez falleció el día 4 de marzo de 1987, antes de que entrara en vigencia la mentada Ley.

En ese orden, señala que no es cierto que se dejó a la señora Damaris Morales Mendoza desprotegida, puesto que mediante Resolución No. 1870 del 22 de marzo de 1988, la Policía Nacional le reconoció a ella y a los hijos, la suma de \$7.087.626 por concepto de indemnización por muerte y auxilio de cesantías.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1 Demandante²

La parte actora alegó de conclusión, señalando que si a la accionante se le aplicara el Decreto 2063 de 1984 o sus posteriores, aplicado por la entidad demandada, necesariamente habría que negarle el derecho a la pensión de sobreviviente que reclama, en tanto que el causante sólo acreditó un tiempo de 7 años, 2 meses y 29 días al servicio de la Policía Nacional. Pero, sí en virtud del principio de favorabilidad, se aplicara la norma general contenida en el Decreto 3041 de 1996, vigente para la fecha del fallecimiento del causante, debe reconocerse la prestación solicitada, en tanto que esta última norma sólo exige una cotización mínima de 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte, de las cuales 15 semanas deben corresponder a los 3 últimos años.

3.2 Demandada³

La entidad demandada mantuvo su oposición a las pretensiones de la demanda, reiterando que no es posible aplicar en el caso de la actora, en virtud del principio de favorabilidad, el régimen general de pensiones, por cuanto a la fecha del fallecimiento del Agente JOSÉ ABSALOM LINARES

² Fl. 110-113.

³ Fl. 106-109.



Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

RODRÍGUEZ, 4 de marzo de 1987, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, por ser jurídicamente inviable bajo el principio de irretroactividad de la ley, tal y como lo ha considerado el Consejo de Estado en casos similares. Así mismo, señala que en el eventual caso, que se acceda a las pretensiones de la demanda, debe darse por probada la excepción de prescripción de las mesadas dejadas de percibir, teniendo en cuenta la petición presentada ante la Dirección General de la Policía Nacional.

3.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio en el presente asunto.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

En el curso del trámite se agotaron las etapas de ley, habiéndose surtido la admisión de la demanda (fls. 28 y reverso), la notificación a las partes (fl. 33-39), y la audiencia inicial (Fl. 97-102), durante la cual y por haberse ordenado sólo la práctica de pruebas documentales, en aplicación al principio de economía procesal, se ordenó que una vez se recepcionaran la pruebas documentales, y previo traslado de las mismas a las partes, se corriera traslado a las partes por el termino de 10 días para que presentaran sus escritos de alegaciones, y al Ministerio Público para que presentara su concepto, para que vencido ese término se procediera a dictar sentencia.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios que acarreen la nulidad del proceso. Así mismo, desde la culminación de la inicial, hasta el momento de proferir el presente fallo, no se observan vicios y/o irregularidades que impidan proferir sentencia de fondo.

III.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 152 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia del presente asunto.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la fijación del litigio, los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

1. *¿Resulta procedente el reconocimiento y pago a favor de la demandante de una pensión de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, en su calidad de conyugue del fallecido Agente de la Policía Nacional JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ, teniendo en cuenta que éste como Agente de la Policía gozaba de un régimen especial?*

2. *¿Opero la prescripción de las mesadas y con qué alcance?*

3. TESIS

La Sala negará las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, debido a que en efecto, en el sub lite no puede aplicarse en virtud del principio de favorabilidad, la Ley 100 de 1993, ya que no se encontraba vigente a la fecha de la muerte del causante (4 de marzo de 1987), conforme al criterio unificado y reiterado recientemente por el Honorable del H. Consejo de Estado, ni tampoco bajo el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional. Así mismo frente a la pretensión encaminada a reconocer la pensión de sobreviviente aplicando el Decreto 3041 de 1966, se declarará la inepta demanda con fundamento en el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, ya que de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, se advierte que dicha pretensión no fue agotada en sede administrativa.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Del régimen especial aplicable al personal de la Policía Nacional.

Sea lo primero referirse al régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública, y específicamente al aplicable al personal de la Policía Nacional, dado que al momento de la muerte del Agente JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ (**4 de marzo de 1987**) –causante de la pensión aquí demandada-, éste era beneficiario del régimen especial que cobija a los miembros de dicha Institución, contenido en el Decreto 2063 de 1984 “*Por el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional*”.

Pues bien, en cuanto a las prestaciones a las que tienen derecho los beneficiarios del causante cuando su muerte sea calificada como en “**Actos del servicio**”, el Decreto 2063 de 1984 en su artículo 121 preceptúa:

“ARTÍCULO 121. MUERTE EN ACTOS DEL SERVICIO. Durante la vigencia del presente estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, ocurrida en actos del servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en el presente Decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

A que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una indemnización equivalente a tres (3) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 de este estatuto.

Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

Si el Agente hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, según el tiempo de servicio del causante. (Resaltos nuestros).

En armonía con lo anterior, y en relación con el orden de los beneficiarios del causante, el artículo 130 ibídem, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagará según el siguiente orden preferencial:

La mitad al conyugue sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

Si no hubiere conyugue sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.

A la falta de hijos las prestaciones corresponden al conyugue.

(...) (Resaltos fuera de texto).

4.2 De la Aplicación de la norma general sobre la especial en virtud del principio de favorabilidad.

Sin bien es cierto que la Ley 100 de 1993 señaló en su artículo 279 que el Sistema de Seguridad Social Integral no sería aplicado a los miembros de la Policía Nacional, también lo es que el artículo 288 ibídem, dispuso que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado o servidor público, tiene derecho a que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime más favorable ante la comparación con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado, ha manifestado⁴ que a las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan un caso particular, sólo debe acudir en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario la prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convertiría en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

De igual manera, ha sostenido⁵ que las excepciones previstas en el artículo 279

⁴ Sentencia del 6 de marzo del 2003, exp. No. 1707-02 Actor: Hermilda Centeno MP. Ana Margarita Olaya Forero.

⁵ Sentencia de 9 de febrero de 2006, expediente N° 0426 M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

de la Ley 100 de 1993, encuentran sentido en cuanto ellas suponen la existencia de unas condiciones más favorables para los trabajadores a quienes comprenden. Por eso, cuando tales excepciones conllevan un tratamiento inequitativo frente al que se otorga para la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, deben ser desechadas porque quebrantan el principio de la igualdad.

Así mismo, la Corte Constitucional se refirió a la aplicación del régimen más favorable y a la exclusión de un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector, en los siguientes términos:

"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 cobija. 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 y se asegure a los maestros vinculados antes del 1º de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...."⁶

Así pues, como normas generales que regulan el tema de la pensión de sobreviviente, tenemos los **Decreto 3041 de 1966**⁷ y Decreto 758 de 1990 y más recientemente la Ley 100 de 1993. El primero de los referidos Decretos, desarrolla el tema en su capítulo III, señalando que hay lugar a la pensión de sobreviviente cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según dicho reglamento, o haya reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5º para el derecho a pensión de invalidez (Art. 20), esto es, tener

⁶ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

⁷ "Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte"





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez (en este caso muerte), setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años (art. 5º)

Por su parte, la **Ley 100 de 1993**, reguló en el **Libro Primero, Título Segundo, Capítulo IV**, lo concerniente a la **pensión de sobreviviente** a la que tienen derecho los beneficiarios de los afiliados al Sistema General de Pensiones, señalando sus requisitos, beneficiarios y monto:

“Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión 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.

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere 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, y

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

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

“ARTÍCULO 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.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

Ahora, mediante Decreto 1889 de 1994 se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, señalando en sus artículos pertinentes, lo siguiente:

"ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

(...)"

Finalmente, el legislador mediante la Ley 797 de 2003⁸, introdujo una modificación sustancial en lo que se refería a los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. En efecto, el artículo 12 de la citada Ley 797 de 2003 aumentó los requisitos que tradicionalmente se habían exigido para su reconocimiento al requerir que el afiliado al sistema hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas, dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento y, adicionalmente, que cumpliera con un requisito de fidelidad al sistema, dependiendo de la causa de la muerte.

4.3 Aplicación retrospectiva de las normas. No aplica en materia de pensión de sobreviviente.

Se sabe que una de las modalidades de aplicación temporal de las normas, es la retrospectividad, que consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente

⁸ LEY 797 DE 2003 (Enero 29)"Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales".





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permitiera su resolución en forma definitiva⁹.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado en Sentencia del **25 de abril de 2013**, frente al criterio de la retrospectividad, rectificó el argumento que había sido adoptado en decisiones anteriores y señaló que en materia de **sustitución pensional** no se podía dar aplicación a una ley posterior, ni siquiera si es más favorable, dado que la norma que debe tenerse en cuenta para tal reconocimiento **es la vigente al momento del deceso**. Precisó¹⁰ el alto Tribunal:

"(...) 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.

*El derecho a la pensión de sobreviviente se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobreviviente que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que se 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 actor, entró en vigencia el 1º de abril de 1994 de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal (...).

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. (...) (Subrayado fuera de texto).

El anterior precedente jurisprudencial, fue nuevamente abordado en **fallo de tutela contra providencia judicial, dictado por el H. Consejo de Estado en fecha veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015)¹¹**; en esa oportunidad dicha

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-110 del 22 de febrero de 2011.

¹⁰ Sentencia de 25 de abril de 2013, con Ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación No. 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09).

¹¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION B-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE-Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015).-Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03251-00(AC)-Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL-Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAQUETA.

En esa oportunidad, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Caquetá, por considerar que la sentencia proferida por esa corporación el 22 de enero de 2014, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, por desconocer la jurisprudencia del Consejo





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

Corporación, concluyó que el Juez de conocimiento (Tribunal Administrativo de Caquetá) del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Policía Nacional, debió fallar el asunto atendiendo la tesis y los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el tema, esto es, que **la norma aplicable para estudiar el derecho a la pensión de sobrevivientes es la aplicable al momento en que se presenta la muerte del causante, y no una norma posterior, por cuanto ello implica contrariar el principio de irretroactividad de la ley**, ello, partiendo del hecho de que, en ese caso particular, la muerte del causante ocurrió el **28 de julio de 1991**, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ocurrida el **1º de abril de 1994**. En igual sentido, y como argumento adicional, el Juez de tutela, consideró, que el Tribunal accionado, **“tomó una decisión sin argumentar o motivar por qué no acogió el precedente antes citado**, incurriendo en una causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales con la consecuente violación del derecho a la igualdad del accionante, en tanto no resolvió su caso considerando las reglas que para el efecto han sido establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la determinación de la norma aplicable en casos de reconocimiento de pensión de sobrevivientes”.

En ese orden de ideas, y siguiendo los citados parámetros jurisprudenciales hasta aquí citados, se tiene en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor LINARES RODRÍGUEZ son las que estaban vigentes **el 4 de marzo de 1994** -fecha de su muerte-, esto es, o la norma especial Decreto 2063 de 1984, o la norma general Decreto 3041 de 1966. En consecuencia, se advierte de entrada que la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, al ser posteriores a la muerte del causante, no podrían aplicarse en principio.

No obstante lo anterior, debe precisar la Sala que la **Honorable Corte Constitucional** en **casos muy particulares y concretos** de pensión de sobrevivientes, ha permitido la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, esto es, muy a pesar de no estar vigente dicha norma a la fecha de la muerte del causante. En efecto, en sede de Revisión de Tutela (Sentencia **T-415 de 2017**, entre otras), aplicando el principio de favorabilidad y atendiendo a las particulares condiciones de los accionantes (**V. gr.: personas de la tercera edad o sujetos de especial protección constitucional, personas con número**

de Estado aplicable al caso concreto, y particularmente, por no tener en cuenta el precedente jurisprudencial de esa misma Corporación, según el cual la norma aplicable para estudiar el derecho a la pensión de sobrevivientes es la aplicable al momento en que se presenta la muerte del causante, argumentando el accionante que la norma aplicable en el caso concreto era el Decreto 1213 de 1990, vigente al momento del fallecimiento del agente (**28 de julio de 1991**), y no la Ley 100 de 1993, la cual no podía ser aplicada retroactivamente.



Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

considerable de años cotizados al sistema de seguridad social: más de 15 años, y personas que están en una situación económica precaria y que no pueden sufragar todos sus gastos y necesidades, y frente a las cuales se pueda afectar su mínimo vital), ha ordenado revocar providencias proferidas por los jueces ordinarios y el consecuente reconocimiento definitivo de la pensión de sobrevivientes, por desconocerse el precedente judicial de las Salas de Revisión frente a casos que compartan unos mismos supuestos de hecho o circunstancias similares, de allí que sólo en estos casos particulares, pueda el Juez desde una perspectiva constitucional, permitir la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, en salvaguarda de derechos fundamentales tales como la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital, ello claro está, exponiendo la carga argumentativa respectiva.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1 A folio 11 del expediente obra copia del registro civil de Matrimonio donde consta que el señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ y la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, contrajeron matrimonio en la parroquia del Municipio de Santa Catalina, en fecha 25 de julio de 1981.

5.1.2 De conformidad con formato de "Hoja de Servicios", el señor JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ prestó sus servicios como Agente de la Policía Nacional, por un tiempo de 7 años, 2 meses 29 días, hasta cuando falleció el **4 de marzo de 1987** (Fl. 19, 22 y 55-57) "en Actos del Servicios" (Fl. 19).

5.1.3 La Policía Nacional a través de la Sección de Prestaciones Sociales, dispuso mediante Resolución No. 1870 del 22 de marzo 1988, el reconocimiento de la indemnización y las cesantías por la muerte del Agente de Policía Orlando Correa Muñoz (q.e.p.d.), a favor de la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, en calidad de esposa y en representación de los menores LUIS EDUARDO, LINA MERCEDES y JOSÉ ABSALON LINARES MORALES, hijos legítimos del causante (Fl. 19-20 y 66-67).

5.1.4 Según copia de registros civiles de nacimiento visibles a folios 12 a 14 de expediente, los señores JOSÉ ABSALON LINARES RODRÍGUEZ y la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, procrearon 3 hijos de nombres LUIS EDUARDO, LINA MERCEDES y JOSÉ ABSALON LINARES MORALES, los cuales nacieron en el año de 1981, 1983 y 1986, respectivamente, los cuales a la fecha de la presentación de la reclamación administrativa (2007) y de la presente demanda (24 de abril de 2015), tendrían la mayoría de edad.





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

5.1.5 A folio 18 de expediente obra copia simple de carnet o tarjeta de reservista de las fuerzas militares de Colombia a nombre del señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, y copia simple tarjeta de conducta del mismo, documentos que por sí solos no resultan permitentes para acreditar tiempo de servicio en el Ejército Nacional por parte del señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ.

5.1.6 La demandante, a través de apoderado, mediante petición radicada el 6 de agosto de 2007, solicitó a la Policía Nacional el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de esposa del señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, exponiendo textualmente lo siguiente (Fl. 16):

"REF. SOLICITUD DE PENSION DE SOBREVIVIENTE DE LA SEÑORA DAMARIS MORALES MENDOZA-ABSOLOM LINARES RODRIGUEZ -sic-.

ANGELICA TONO RAMIREZ, en mi calidad de apoderada de la señora de la referencia, mediante poder que adjunto, mediante el presente escrito y con el derecho que me asiste el Art. 23 de la Constitución política, me permito solicitar el reconocimiento y pago de la pensión se sobreviviente de mi cliente con base en los siguientes hechos:

1-) El señor ADSALOM -sic- era agente de la Policía Nacional desde el día 10 de enero de 1980, hasta el día de su muerte.

2-) El señor ABSOLON LINARES RODRÍGUEZ, murió en acta -sic- de servicio tal como consta en la resolución 1870 del año 1988.

*3-) Mi cliente en su condición de esposa tiene **derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente tal como lo ordena la norma por muerte en misión del servicio-***

(...)" (Negrillas y subrayas nuestras).

5.1.7 El Jefe de Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, dio respuesta a la anterior petición mediante Oficio No. 13532/ARPRE-GRUPE-129205 del 15 de agosto de 2007, en los siguientes términos:

"...al respecto me permite informarle que teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del señor ABSALON LINARES RODRÍGUEZ, lo regía el Decreto 2063/84, el cual contemplaba que para reconocimiento de pensión por muerte en simple actividad, se requería que el policial hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio, y para el caso que nos ocupa el mencionado laboró por espacio de 07 años, 02 meses y 27 días, por lo cual sus beneficiarios no causaron dicho beneficio."





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

5.1.8 A folios 23 y 24 del expediente, obran declaraciones extrajucio ante Notario, rendidas el 20 de febrero de 2015, por los señores BRAULIO ANTONIO ARAGÓN ROMERO y OSMIN ENRIQUE HERRERA CORREA, en las que declaran bajo la gravedad de juramento que conocen a la señora DAMARIS MORALES MENDOZA y que tienen conocimiento que convivía bajo un mismo techo con el señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, desde hacía más de 6 años con unión marital vigente hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 4 de marzo de 1987, y que dicha unión marital nacieron 3 hijos los cuales dependían del señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, cubriendo sus gastos de alimentación, salud, vivienda y recreación del hogar.

5.1.9 A folio 25 del expediente, obra declaración extrajucio ante Notario, rendida el 20 de febrero de 2015, por la señora DAMARIS MORALES MENDOZA, en que declaró bajo la gravedad de juramento que convivió bajo un mismo techo con el señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, desde hacía más de 6 años con unión marital vigente hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 4 de marzo de 1987, y que dicha unión marital nacieron 3 hijos los cuales dependían del señor JOSÉ ABSALÓN LINARES RODRÍGUEZ, cubriendo sus gastos de alimentación, salud, vivienda y recreación del hogar.

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Procede la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado en la presente providencia, encaminado a determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de sobreviviente en su calidad de conyugue del fallecido Agente de la Policía Nacional JOSÉ ABSALON LINARES RODRIGUEZ, aplicando, en virtud del principio de favorabilidad, el Decreto 3041 de 1966, muy a pesar que dicho Agente gozaba de un régimen especial.

En su escrito de demanda la parte actora cita una serie de normas regulatorias del régimen general en pensiones que considera, más favorables en cuanto a requisitos de la pensión de sobreviviente, que los establecidos en el Decreto 2063 de 1984 aplicado por la entidad demandada, entre las normas que cita como más favorables señala la Ley 100 de 1993.

Pues bien, al respecto, se tiene que en virtud de lo señalado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en principio, el Sistema de Seguridad Social Integral no sería aplicado a los miembros de la Policía Nacional. Sin embargo, tal como se estudió en el marco jurídico de esta providencia, la Ley (artículo 288 ibídem) y la Jurisprudencia, permiten la aplicación preferente de los regímenes generales sobre los especiales, cuando estos resulten más favorables.





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

En ese sentido, el H. Consejo de Estado¹², en casos similares, ha reconocido la pensión de sobreviviente teniendo en cuenta los presupuestos señalados en la Ley 100 de 1993, por cuanto resultan más favorables que los decretos especiales que regulan las prestaciones sociales de orden pensional de los agentes de la Policía Nacional.

No obstante lo anterior, tal como lo señaló el Alto Tribunal en Sentencia del 25 de abril de 2013¹³ referida en el marco jurídico de esta providencia “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.”, pues según el precedente fijado por esa Corporación, en materia de pensión por causa de muerte no aplica la retrospectividad de la norma, sino que debe aplicarse aquella que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional.

En consecuencia, debe reiterar la Sala que en el sub lite, no resulta procedente la aplicación de la Ley 100 de 1993 como lo pretende la parte actora, puesto que a la fecha de fallecimiento del Agente de Policía LINARES RODRÍGUEZ (4 de marzo de 1987) dicha norma aún no había entrado a regir.

Así pues, en el sub lite, las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor LINARES RODRÍGUEZ son las que estaban vigentes **el 4 de marzo de 1987**-fecha de su muerte-, esto es, o la norma especial Decreto 2063 de 1984, o la norma general Decreto 3041 de 1966, esta última en aplicación del principio de favorabilidad.

Así mismo, tampoco podríamos aplicar al presente caso, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (ver sentencia T-415 de 2017), referente a la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, pues la actora no acreditó encontrarse en algunas de circunstancias excepcionales que permitan aplicar dicho precedente, esto es, que se trate un sujeto de especial protección constitucional, o que esté en una situación económica precaria y que actualmente no pueda sufragar sus gastos y necesidades, que pongan el peligro su mínimo vital.

Ahora bien, con respecto **pretensión de reconocimiento de pensión de sobreviviente con aplicación del Decreto 3041 de 1966**, advierte la Sala que esta no fue agotada en sede administrativa. En efecto, según la petición pensional elevada por la actora ante la demandada (Fl. 16), en la misma sólo se limitó a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad

¹² Consejo de Estado. Sentencia del 13 de febrero de 2014. Rad. 1655-13. C.P.: Luis Rafael Vergara Quintana.

¹³ Sentencia de 25 de abril de 2013, con Ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación No. 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09).





Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

de esposa del señor Linares Rodríguez, "tal y como lo ordena la norma por muerte en misión del servicio-", esto es, sin siquiera citar la norma que hoy se invoca en sede judicial.

Así las cosas, y dado que la demandante no acredita que en sede administrativa solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de conformidad con el **Decreto 3041 de 1966**, mal puede esta Sala pronunciarse de fondo frente a dicha pretensión, siendo procedente declarar la **INEPTA DEMANDA**, con fundamento en el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, respecto de tal pretensión.

5.3 Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido avante en sus pretensiones.

Así las cosas, se condenará en costas a la parte actora, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto la parte demandante cuantificó sus pretensiones en la suma de \$61.664.556 conforme consta a folio 8 de la demanda la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de ciento veintitrés trescientos veintinueve pesos (\$123.329.00), que corresponden al cero punto dos por ciento (0.2%) de las pretensiones, considerando la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante, la cuantía de las pretensiones y el derecho negado en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA



Radicado: 13001-23-33-000-2016-00504-00

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda respecto de la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobreviviente de conformidad con la Ley 100 de 1993, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR DE OFICIO la configuración de la excepción de **INEPTA DEMANDA** dentro del presente proceso, y frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobreviviente de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, y se incluirán las agencias en derecho fijadas en la suma de ciento veintitrés trescientos veintinueve pesos (\$123.329.00) según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

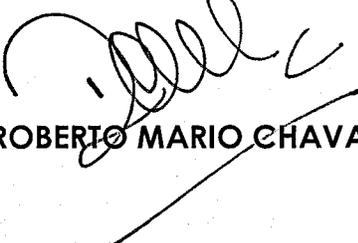
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ARTURO MATSON CARBALLO


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS