Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2016-00218-00
Accionante	DORINA ORTEGA ZABALETA
Accionada	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL
Tema	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
Magistrada Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Cuestión Previa.

La presente decisión será tomada en Sala dual, debido al fallecimiento del doctor ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS, integrante de la Sala de decisión No. 7 y a la falta de comunicación sobre el encargo o nombramiento para reemplazar al magistrado fallecido.

Establecido lo anterior, procede la Sala de Decisión a proferir sentencia de primera instancia en la demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por la señora DORINA ORTEGA ZABALETA contra NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL.

III.- ANTECEDENTES

1. **LA DEMANDA**

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

> *"PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015, suscrito por el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ ARDILA, Jefe Grupo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional, mediante el cual negó por improcedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la*

señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA, conforme lo establece el articulo 46 de la ley 100 de 1993.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexadas, a favor de DORINA ORTEGA DE ZABALETA, o a quien represente sus derechos, la pensión de sobreviviente y demás prestaciones a que hubiere lugar desde el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), en aplicación del principio de retrospectividad de la ley en materia laboral; la afilie al sistema de seguridad social en salud.

TERCERA: Que los valores reconocidos deberán hacerse en pesos colombianos, debidamente indexados y teniendo en cuenta la variación porcentual del I.P.C.

CUARTA: Que la POLICIA NACIONAL dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin a la presente demanda conforme a lo dispuesto en el articulo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(…)"

1.2 HECHOS

- La señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA contrajo matrimonio católico con el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO en la parroquia San José de Torices de la Arquidiócesis de Cartagena el día 6 de enero de 1951, de dicho matrimonio se concibieron 8 hijos.

- Por su parte, indica la parte demandante que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO prestó sus servicios como soldado regular del Ejército Nacional desde el 4 de septiembre de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949, es decir, por 1 año, 3 meses y 12 días.

- A su turno, el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 1 de julio de 1959 hasta el 11 de octubre de 1970, es decir, por 11 años, 3 meses y 10 días. Sin embargo, mediante Decreto No. 739 del 15 de mayo de 1970 se le reconocieron como tiempo doble, 25 días, quedando un total de 11 años, 4 meses y 5 días.

- Afirma que sumados los tiempos de servicios en el Ejército Nacional y en la Policía Nacional da un total de 12 años, 7 meses y 17 días.

- El señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO fallecido en Cartagena el día 31 de agosto de 1971, laboró como Agente de la Policía Nacional hasta el 11 de octubre de 1970.

- Señala que en julio de 2015 la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA solicitó a la Policía Nacional pensión de sobrevivientes de conformidad con lo prescrito en la ley 100 de 1993.

- A su turno, el 24 de agosto de 2015, el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ ARDILA Jefe Gripo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional, mediante Oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015 negó por improcedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA toda vez que el causante no cumplió con los requisitos establecidos para acceder a dicha prestación.

1.3 CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Disposiciones violadas: artículos 5, 13, 29, 42 de la Constitución política, Ley 82 de 1993, Ley 74 de 1968, Decreto 1029 de 1994, Ley 12 de 1975, Ley 113 de 1985, Decreto 1796 de 2000, Decreto 4433 de 2004.

La parte demandante señala que la accionada al expedir el acto administrativo violó flagrantemente el derecho a la igualdad, a la seguridad social y el principio de favorabilidad al excluir a la señora DORINA ORTEGA de un beneficio primordial, aduciendo que el señor ZABALETA PAJARO no falleció en servicio activo y que debía cumplir con los requisitos del régimen prestacional de la Policía Nacional.

Aduce que la Corte Constitucional ha indicado sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.

Señala que el señor ZABALETA PAJARO había prestado sus servicios al Estado por mas de 12 años, 7 meses, es decir que cumplía a cabalidad con los

requisitos establecidos por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales el cual había expedido el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, el cual fue a su vez acogido por el Acuerdo 224 de 1966 y aprobado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 3041 de 1966 de acuerdo con el cual las prestaciones en caso de muerte que serían reconocidas por el Instituto se otorgarían a favor del conyugue sobreviviente y de los huérfanos.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fl. 44-49)

La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional dentro de la oportunidad legal contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones solicitadas, indicó que los actos administrativos demandados fueron expedidos con base en la normatividad y jurisprudencia vigente, así como del material probatorio allegado al expediente administrativo.

Aduce que si bien la jurisprudencia nacional tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha venido reconociendo la pensión de sobreviviente en los casos en que se pruebe que el causante tenia el tiempo de servicios exigido por la Ley 100 de 1993; es decir que hubiera cotizado al sistema por lo menos 26 semanas aunque no cumpliera con los requisitos establecidos en el régimen especial contemplado para los miembros de la fuerza pública, en virtud del principio de favorabilidad, no es menos cierto que en el caso en concreto, no es posible aplicar el régimen general de pensiones; por cuanto para la fecha del fallecimiento del agente GRANCISCO ZABALETA PAJARO, el 31 de agosto de 1970 no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, por consiguiente afirma que es jurídicamente inviable aplicar el principio de retroactividad de la mencionada normatividad, toda vez que la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 en su artículo 151 dispuso que, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley regia a partir del 1 de abril de 1994.

Señala que, en el presente asunto, al momento del fallecimiento del causante en el presente asunto, esto es 31 de agosto de 1970 no era miembro activo de la Institución ni tenia un vinculo laboral, por lo que afirma que al momento de causarse el derecho reclamado, el causante no pertenecía a la entidad demandada u por consiguiente no tenía la calidad de cotizante que exige el articulo 46 literal a) de la Ley 100 de 1993 para acceder a una pensión de sobreviviente.

3. TRÁMITE PROCESAL PRIMERA INSTANCIA

Con auto de fecha primero (01) de junio de dos mil dieciseis (2016), se admitió la demanda de la referencia (Fl. 35-37).

Mediante auto del dieciocho (18) de diciembre de 2018 se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial, la cual se llevó acabo el 5 de febrero de 2019 (Fl. 59-60)

A su turno, mediante auto de fecha diez (10) de diciembre de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fl. 85)

4. ALEGACIONES

4.1 DE LA PARTE DEMANDANTE (Fl. 86-96)

La parte demandante presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación.

4.2. DE LA PARTE DEMANDADA (Fl. 97)

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia procesal.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia, de la presente controversia.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿Es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015, suscrito por el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ ARDILA, Jefe Grupo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional, mediante el cual negó por improcedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA, conforme lo establece el artículo 46 de la ley 100 de 1993, y en consecuencia ordenar a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexadas, a favor de DORINA ORTEGA DE ZABALETA pensión de sobreviviente y demás prestaciones a que hubiere lugar desde el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), en aplicación del principio de retrospectividad de la ley en materia laboral; la afilie al sistema de seguridad social en salud ?*

3. TESIS

La Sala negará las pretensiones de la demanda al considerar que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora DORINA ORTEGA DE PARAJARO en virtud de la Ley 100 de 1993 por aplicación del principio de favorabilidad; toda vez que para la fecha de la causación del derecho, esto es 31 de agosto de 1971 fecha del fallecimiento del causante, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, pues la misma comenzó a regir desde el 1° de abril de 1994, lo que permite establecer, que el régimen pensional aplicable era el contemplado en el artículo del Decreto 3187 de 1968 vigente a partir de su fecha de expedición (27 de diciembre de 1968), y derogado posteriormente por el Decreto 2340 de 1971, vigente a partir del 1 de enero de 1972.

En efecto, en sentencia del 25 de abril de 2013[1], el Honorable Consejo de Estado señaló que en virtud del principio de favorabilidad se debe preferir la aplicación del régimen general, que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho, es decir, al momento del fallecimiento del pretenso causante, y no una ley posterior como lo pretendía la parte demandante.

Por otro lado, al analizarse el régimen prestacional general vigente aplicable a otros servidores públicos para la fecha de causación del derecho, se advirtió que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO tampoco cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, toda vez que la norma vigente, esto es, el Decreto 3135 de 1968 establecía que para acceder al reconocimiento pensional requiere acreditar veinte (20) años o más de servicios y tener cincuenta y cinco (55) año de edad, sin embargo se advirtió en el sub examine que el señor ZABALETA PAJARO laboró por menos del tiempo de servicio exigido para la pensión de jubilación de los servidores públicos de la época y no cumplió tampoco con el requisito de la edad, razón por la cual tampoco es procedente otorgar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA en su calidad de conyugue en aplicación del Decreto 3135 de 1968 en virtud del principio de favorabilidad, toda vez que el causante no cumplió con los requisitos establecidos en dicha normatividad para acceder a tal prestación.

Así las cosas, al no haberse acreditado la ilegalidad del acto administrativo acusado, la Sala despachará desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1 Régimen Especial aplicable.

[1] Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09).

El Decreto 3187 de 1968 "*Por el cual se reorganiza la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional*" vigente para el año 1970, contemplaba entre las prestaciones por retiro del servicio la asignación de retiro así:

> *"ARTÍCULO 50. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> El Agente de la Policía Nacional que sea retirado o se retire del servicio por cualquier causa, tendrá derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez un auxilio de cesantía igual a un (1) mes de los haberes correspondientes a su condición por cada año de servicio o fracción de seis (6) meses o más, y a las indemnizaciones por incapacidad que le puedan corresponder.*
>
> *ARTÍCULO 51. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971>* ***Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición del Director General de la Policía Nacional, por incapacidad sicofísica, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o a solicitud propia después de veinte (20) años, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Sueldos de Retiro se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas pertinentes por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince, sin que el total sobrepase el ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.***
>
> *PARÁGRAFO 1o. En ningún caso la asignación de retiro será inferior a quinientos pesos ($500.00) moneda legal.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. El aumento de tiempo para el retiro voluntario de los Agentes de la Policía Nacional, previsto en este artículo, sólo regirá para quienes a la vigencia del presente Decreto no hayan cumplido quince (15) años de servicio.*
>
> *ARTÍCULO 52. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> Los Agentes de la Policía Nacional que pasen a la situación de retiro temporal o absoluto con derecho a asignación de retiro, indemnización o pensión, continuarán dados de alta en la respectiva Pagaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro, para la formación de la hoja de servicios y recibirán durante este tiempo los haberes de actividad."*

A su turno, entre las prestaciones por separación de la institución se destacan las siguientes:

> *"ARTÍCULO 63. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971>* ***Los Agentes de la Policía Nacional que sean separados del servicio en forma absoluta por sentencia definitiva, no podrán gozar de los tres (3) meses de alta para la***

formación de su hoja de servicios ni de asignación de retiro o pensión, solamente tendrán derecho al reconocimiento de la cesantía por su tiempo de servicio prestado a la Institución y si fuere el caso, a la indemnización por incapacidad adquirida en el servicio.

ARTÍCULO 64. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> El tiempo en que el Agente de la Policía permanezca separado en forma temporal, no podrá considerarse como de servicio para ninguno de los efectos de este Decreto. Durante dicho tiempo el Agente separado no tendrá derecho a sueldos ni a prestaciones sociales.

ARTÍCULO 65. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> En caso de muerte de un Agente de la Policía que se halle separado temporalmente, sus beneficiarios en el orden regulado en este Decreto, tendrán derecho a las mismas prestaciones establecidas para los beneficiarios de los Agentes que fallezcan en servicio activo."

Finalmente, respecto de las prestaciones por muerte se establecieron las siguientes:

"ARTÍCULO 71. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> Las prestaciones sociales por causa de muerte de los Agentes de la Policía Nacional, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

La mitad a la esposa y la otra mitad a los hijos legítimos. Si hubiere también hijos naturales, estos concurren teniéndose en cuenta que cada uno lleva la mitad de lo que le concierne a cada uno de los hijos legítimos. Si no hubiere hijos legítimos, la porción de éstos corresponde a los naturales.

Si no hubiere esposa e hijos naturales la prestación corresponde íntegramente a los hijos legítimos.

A falta de hijos legítimos y naturales, las prestaciones corresponden a la esposa y a los padres legítimos o naturales del Agente, siempre que estos últimos carezcan de medios de subsistencia; caso contrario, la esposa lleva toda la prestación.

Si no hubiere esposa e hijos legítimos, el monto de la prestación se divide entre los padres legítimos o naturales y los hijos naturales del Agente. A falta de los padres legítimos o naturales, llevan la prestación los hijos naturales, y en defecto de éstos, los padres naturales, y

Los hermanos menores del Agente, previa comprobación de que el causante era su único sostén.

ARTÍCULO 72. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> A la muerte de un Agente de la Policía Nacional, en servicio activo o en goce de pensión o de asignación de retiro, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Decreto, continuarán recibiendo durante tres (3) meses de la entidad que les venía pagando los haberes de actividad o la asignación de retiro o pensión del causante.

ARTÍCULO 73. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> Los gastos de inhumación de los Agentes de la Policía Nacional que fallezcan en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, serán cubiertos por el Tesoro Público en cuantía que determine la Dirección General de la Policía.

PARÁGRAFO. Cuando el Agente falleciere en el exterior, encontrándose en comisión, el Tesoro Público cubrirá los gastos de inhumación en dólares en cuantía que determine el Ministerio de Defensa Nacional. Si a juicio de éste hubiere lugar al transporte e inhumación en el país, el Tesoro Público pagará los gastos respectivos.

ARTÍCULO 74. <Decreto derogado por el artículo 109 del Decreto 2340 de 1971> Las pensiones que se otorguen por el fallecimiento de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, en goce de asignación de retiro o pensión, conforme a este Decreto, se extinguirán para la viuda si contrae nuevas nupcias y para los hijos que se emancipen o lleguen a la mayor edad, exceptuando de esto último a los que padezcan de incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motiva y por la cuota parte correspondiente."

4.2 Régimen General

Sobre la pensión de sobrevivientes, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 señalaron tres grupos de beneficiarios que, funcionan bajo la misma dinámica de los órdenes sucesorales. Es decir, que mientras haya algún beneficiario de cada orden no puede pasarse a los órdenes siguientes.

El artículo 46 de la ley 100 de 1993, con la modificación que de él hiciera el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dispone lo siguiente:

"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 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:

a) Inexequible. Corte Constitucional, sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009.

b) Inexequible. Corte Constitucional, sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009.

Paragrafo1°.- 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 le ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será el 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez." (Negrillas de la Sala)

Por su parte, el artículo 47 del mismo estatuto, modificado por el artículo 13 de la Ley 797de 2003, dispone:

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 años o más de edad. 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 hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicara el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

c) 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicara el criterio previsto por el artículo 38 de la ley 100 de 1993;

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

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

Parágrafo. - Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano invalido sea el establecido en el Código Civil."

4.3. Aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993

El Consejo de Estado en Sala Plena de Sección Segunda de 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, dado que la norma que debe tenerse en cuenta para tal reconocimiento es la vigente al momento del deceso; precisó el Alto Tribunal[2]:

"(…) La jurisprudencia de esta Corporación[3] ha considerado que en circunstancias especiales 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.

---

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

[3] Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero Ponente LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01 (0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero Ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01 (1514); abril 16 de 2009, Consejero Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01 (2300-06).

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la actora, entró en vigencia el 1° 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).

4.3 Del principio de favorabilidad

Cuando al momento de causarse algún derecho se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas que proveen una solución al caso, en virtud del principio de favorabilidad, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, no siendo posible aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, en virtud del principio de inescindibilidad.

Conforme a lo expuesto en precedencia, procederá la Sala de Decisión a resolver el problema jurídico planteado.

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

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

5.1.1 Se encuentra acreditado en el sub examine que la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA contrajo matrimonio católico con el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO en la parroquia San José de Torices de la Arquidiócesis de Cartagena el día 6 de enero de 1951. (Fl. 20)

5.1.2. Se encuentra acreditado en el sub examine que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO laboró al servicio de la Nación- Ministerio de Defensa-

Ejercito Nacional, como soldado del batallón Nariño de guarnición Barranquilla, a partir del 4 de septiembre de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949. (Fl. 21) Posteriormente, presto sus servicios a la Policía Nacional a partir del 1 de julio de 1959 hasta el 11 de octubre de 1970.

5.1.3. Se acreditó en el sub examine que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO falleció el 31 de agosto de 1971 tal como se advierte del registro civil de defunción, el cual, si bien la primera parte del documento se encuentra ilegible, la Sala le dará valor probatorio teniendo en cuenta en primer lugar que es posible extraer del documento que dicho registro de defunción pertenece al señor ZABALETA PAJARO y en segundo lugar porque la parte accionada tampoco tacho de falsedad dicho documento.

5.1.4. Igualmente se encuentra acreditado que mediante informe técnico de fecha 24 de septiembre de 1970 expedido por el Comandante de la Estación San Estanislao dentro de la diligencia disciplinaria surtida contra el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO se solicitó el retiro de la institución de forma absoluta del señor ZABALETA PAJARO por cometer faltas disciplinarias contempladas en el R.R.D. para la Policía Nacional, en su artículo 81 POR FALTAS QUE CONSTITUYEN CAUSAL DE MALA CONDUCTA numeral 21, articulo 76 CONTRA EL SERVICIO numeral 11 consistente en ausentarse del puesto de San Cristóbal donde prestaba sus servicios por el término de ocho (8) días sin orden superior pretexto de enfermedad. (CD 36-39)

5.1.5. Posteriormente se advierte que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO fue retirado de forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional por mala conducta comprobada el 11 de octubre de 1970. En ese orden se acredito como tiempo de servicio 11 años, 6 meses y 25 días, toda vez que se le aumento el tiempo de servicio de conformidad con lo establecido en el Decreto 739 de 1970. (Fl. CD-77)

5.1.6. Se encuentra acreditado en el expediente que mediante Resolución No. 3713 del 10 de mayo de 1971 la Policía Nacional le reconoció al señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO auxilio de cesantías. (Fl. CD-75)

5.1.7. A su turno, mediante petición de fecha 25 de julio de 2015 la señora DORILA ORTEGA DE ZABALETA a través de apoderada judicial solicita el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente (Fl. 25-28).

5.1.8. Por lo anterior, mediante oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015, suscrito por el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ

ARDILA, Jefe Grupo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional se le informó a la actora que al revisar el Sistema de Información del Área de Prestaciones Sociales (SIPRE) de la Policía Nacional y la Hoja de servicios que se encuentra en el expediente prestacional No. 1479 se pudo establecer que el señor ZABALETA PAJARO fue retirado de la institución por Separación absoluta el día 11 de octubre de 1970 debido asuntos disciplinarios y regidos por el Decreto 2687 de 1955, igualmente de le indico que las pensiones de sobrevivientes se le reconocen a los beneficiarios del personal de la institución que fallece en servicio activo y que cumplan con los requisitos del régimen prestacional.

Por lo anterior señalo que para la fecha del fallecimiento del señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO, el 31 de agosto de 1971, como lo indica la Resolución No. 00363 del 2 de febrero de 1972 "*por la cual se recibe auxilio de cesantía definitiva a los beneficiarios de un ex agente*" no existía vinculo laboral vigente con la Policía Nacional, motivo por el cual afirma que se hace improcedente atender el requerimiento, máxime cuanto una vez terminada la relación laboral se cancelaron todas las prestaciones sociales causadas por el tiempo laborado en la institución. (Fl. 24)

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

A través del presente medio de control, la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015, suscrito por el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ ARDILA, Jefe Grupo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional, mediante el cual negó por improcedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA, conforme lo establece el artículo 46 de la ley 100 de 1993, y en consecuencia solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar pensión de sobreviviente y demás prestaciones a que hubiere lugar desde el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), en aplicación del principio de retrospectividad de la ley en materia laboral y se le afilie al sistema de seguridad social en salud.

A su turno, la demandada se opone a las pretensiones de la demanda manifestando para tal efecto que, si bien la jurisprudencia nacional tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha venido reconociendo la pensión de sobreviviente en los casos en que se pruebe

que el causante tenía el tiempo de servicios exigido por la Ley 100 de 1993; es decir que hubiera cotizado al sistema por lo menos 26 semanas aunque no cumpliera con los requisitos establecidos en el régimen especial contemplado para los miembros de la fuerza pública, en virtud del principio de favorabilidad, no es menos cierto que en el caso en concreto, no es posible aplicar el régimen general de pensiones; por cuanto para la fecha del fallecimiento del agente GRANCISCO ZABALETA PAJARO, el 31 de agosto de 1970 no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, por consiguiente afirma que es jurídicamente inviable aplicar el principio de retroactividad de la mencionada normatividad, toda vez que la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 en su artículo 151 dispuso que, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley regia a partir del 1 de abril de 1994.

Señala que, en el presente asunto, al momento del fallecimiento del causante en el presente asunto, esto es 31 de agosto de 1971 no era miembro activo de la Institución ni tenía un vinculo laboral, por lo que afirma que al momento de causarse el derecho reclamado, el causante no pertenecía a la entidad demandada u por consiguiente no tenía la calidad de cotizante que exige el articulo 46 literal a) de la Ley 100 de 1993 para acceder a una pensión de sobreviviente.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Manifiesta la Sala ab initio, que negará las pretensiones de la demanda, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, precisa la Sala que la parte accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en su condición conyugue del causante FRANCISCO ZABALETA PAJARO el cual fue retirado del servicio de la Policía Nacional de forma absoluta el 11 de octubre de 1970, argumentando que en virtud del principio de favorabilidad le es aplicable la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en el sub examine se encuentra acreditado que la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA contrajo matrimonio católico con el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO en la parroquia San José de Torices de la Arquidiócesis de Cartagena el día 6 de enero de 1951. (Fl. 20)

Asimismo, se acreditó que el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO laboró al

servicio de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejercito Nacional, como soldado del batallón Nariño de guarnición Barranquilla, a partir del 4 de septiembre de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949. Posteriormente ingreso a laborar en la Policía Nacional el 1 de julio de 1959 hasta el 11 de octubre de 1970 fecha en la cual fue retirado de forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional por mala conducta comprobada. En ese orden se acredito como tiempo de servicio 11 años, 6 meses y 25 días, toda vez que se le aumento el tiempo de servicio de conformidad con lo establecido en el Decreto 739 de 1970. (Fl. CD-77)

Se advierte a su vez que mediante Resolución No. 3713 del 10 de mayo de 1971 la Policía Nacional le reconoció al señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO auxilio de cesantías.

Ahora bien, el señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO falleció el 31 de agosto de 1971 tal como se advierte del registro civil de defunción, el cual si bien la primera parte del documento se encuentra ilegible, la Sala le dará valor probatorio teniendo en cuenta en primer lugar que es posible extraer del documento que dicho registro de defunción pertenece al señor ZABALETA PAJARO y en segundo lugar porque la parte accionada tampoco tacho de falsedad dicho documento.

En virtud de lo anterior la señora petición la DORILA ORTEGA DE ZABALETA solicitó a través de apoderada judicial el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, sin embargo, mediante oficio No. S-2015-248202/ARPRE-GROIN-1.10 de agosto 24 de 2015, suscrito por el Teniente ANDRES MAURICIO PEREZ ARDILA, Jefe Grupo Orientación e Información de la Secretaria General de la Policía Nacional se le informó a la actora que al revisar el Sistema de Información del Área de Prestaciones Sociales (SIPRE) de la Policía Nacional y la Hoja de servicios que se encuentra en el expediente prestacional No. 1479 se pudo establecer que el señor ZABALETA PAJARO fue retirado de la institución por Separación absoluta el día 11 de octubre de 1970 debido asuntos disciplinarios y regidos por el Decreto 2687 de 1955, igualmente de le indico que las pensiones de sobrevivientes se le reconocen a los beneficiarios del personal de la institución que fallece en servicio activo y que cumplan con los requisitos del régimen prestacional.

Por lo anterior señalo que para la fecha del fallecimiento del señor FRANCISCO ZABALETA PAJARO, el 31 de agosto de 1971, como lo indica la Resolución No. 00363 del 2 de febrero de 1972 "*por la cual se recibe auxilio de cesantía definitiva a los beneficiarios de un ex agente*" no existía vinculo

laboral vigente con la Policía Nacional, motivo por el cual afirma que se hace improcedente atender el requerimiento, máxime cuanto una vez terminada la relación laboral se cancelaron todas las prestaciones sociales causadas por el tiempo laborado en la institución. (Fl. 24)

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como las pruebas que obran en el sub examine, advierte esta Magistratura que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora DORINA ORTEGA DE PARAJARO en virtud de la Ley 100 de 1993 por aplicación del principio de favorabilidad, toda vez que para la fecha de la causación del derecho, esto es 31 de agosto de 1971 fecha del fallecimiento del causante, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, pues la misma comenzó a regir desde el 1° de abril de 1994, lo que permite establecer, que el régimen pensional aplicable era el contemplado en el artículo del Decreto 3187 de 1968, vigente a partir de su fecha de expedición (27 de diciembre de 1968), y derogado posteriormente por el Decreto 2340 de 1971, vigente a partir del 1 de enero de 1972.

En efecto, es dable acotar que el Consejo de Estado en casos similares había aplicado el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de favorabilidad, indicando que si bien existían regímenes pensionales anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se había admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial les fueran aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas pueden resultar más favorables a sus pretensiones. Así lo indicó en sentencia del 7 de febrero de 2013[4], el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso administrativa, en la que expuso:

> *"…No obstante lo anterior, tal como lo afirmó la entidad demandada en el acto administrativo acusado, debe decirse que en el caso concreto el señor Carlos Mario Castro Hoyos al momento de su muerte no acumulaba un tiempo de servicio como Agente de la Policía Nacional igual a 15 años que permitiera el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de su cónyuge supérstite, en los términos del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, toda vez que, desde el momento en que inició sus labores como Agente de la*

[4] Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 05001233100020080138401 (0998-2012).

referida institución, esto es, el 21 de abril de 1985 hasta su muerte, 24 de diciembre de 1992, transcurrieron 7 años, 9 meses y 11 días (fl. 8).

Sin embargo, tal y como lo afirma la señora Donelly Caro Usuga en el escrito de la demanda, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 consagra en su artículo 46 la misma prestación pensional por sobrevivencia, cuyos requisitos resultan ser más favorables a su situación particular.

En efecto, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establece la pensión de sobreviviente como un amparo a favor de las personas que dependían económicamente del afiliado al sistema que ha muerto, sin haber logrado el reconocimiento y pago de una pensión de vejez. Así se observa en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993:

"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:

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 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 parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.".

En relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la citada prestación pensional, debe decirse que el artículo 46 ibídem, además de la muerte del afiliado al sistema, como resulta obvio, exige un mínimo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que ascienden a 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

Bajo estos supuestos, se observa que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes que los establecidos por el Decreto 1213 de 1990, en tanto sólo se requiere haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte del afiliado, en contraste a los 15 años de servicios que se exigen en el régimen especial aplicable a los Agentes de la policía Nacional.

En este punto, estima la Sala que si bien el régimen especial aplicable a los Agentes de la Policía Nacional y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones…"

No obstante, en sentencia del 25 de abril de 2013[5], el Honorable Consejo de Estado rectificó expresamente su posición anterior, e indicó que si bien se venía adoptando una posición favorable para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en cuanto a la aplicación del régimen pensional, es decir, que cuando el régimen especial no cumpliera unas mínimas garantías y por el contrario el régimen general si lo hiciera, en virtud del principio de favorabilidad debía preferirse la aplicación del régimen general, era necesario precisar que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho, es decir, al momento del fallecimiento del pretenso causante, específicamente señaló:

"…La jurisprudencia de esta Corporación[6] 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.

---

[5] Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09).

[6] 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).

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 1° 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 1° 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 anterior[7]*, 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

[7] Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

adoptada en sentencias de abril 29 de 2010[8] y noviembre 1° de 2012[9], 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. (…)"

De la jurisprudencia citada, es claro entonces, que la norma aplicable será la que al momento de la ocurrencia del hecho, esto es, del fallecimiento del causante, se encuentre vigente, así, para el presente caso, se reitera, la norma aplicable es el Decreto 3187 de 1968, toda vez que la muerte del señor agente de Policía FRANCISCO ZABALETA PAJARO ocurrió el 31 de agosto de 1971, fecha para la cual no había entrado en vigencia y ni siquiera se había expedido la Ley 100 de 1993, por cuanto la misma comenzaba a regir a partir del 1° de abril de 1994, como ya se había manifestado.

Conforme a lo anterior, es evidente que la DORINA ORTEGA DE ZABALETA 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 esposo se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, cuyos requisitos no se colmaron, no siendo viable el reconocimiento del derecho pensional.

---

[8] 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.

[9] Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se 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 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*".

Ahora bien, desde otra arista se advierte que el régimen prestacional general aplicable para el 31 de agosto de 1970 a otros servidores públicos, el Decreto 3135 de 1968 estableció en su artículo 27 que "*El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio*", igualmente el articulo 59 previo que "*fallecido un empleado público o trabajador oficial con derecho o en goce de pensión de invalidez o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por causa de sus estudios o por invalidez, que 1 dependieren económicamente del causante, tendrán derecho p. percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la pensión respectiva durante los cinco (5) años subsiguientes.*"

De acuerdo con lo expuesto, la Sala colige que el extinto agente FRANCISCO ZABALETA PAJARO prestó sus servicios para la Policía Nacional por once (11) años, seis (6) meses y veinticinco (25) días, y en el Ejercito Nacional desde el 4 de septiembre de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949, es decir por un (01) año, tres (03) meses y doce (12) días, dando un total de doce (12) años, diez (10) meses y siete (7) días, y tenía 42 años de edad (nació el 28 de enero de 1929) a la fecha de su fallecimiento (31 de agosto de 1971), conforme a lo acreditado en el expediente; por lo que se advierte que no se logró acreditar los requisitos establecidos en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 para acceder al reconocimiento pensional, el cual exigía acreditar veinte (20) años o más de servicios y tener cincuenta y cinco (55) año de edad, sin embargo se advirtió en el sub examine que el señor ZABALETA PAJARO laboró por menos del tiempo de servicio exigido para la pensión de jubilación de los servidores públicos de la época y no cumplió tampoco con el requisito de la edad, razón por la cual tampoco es procedente otorgar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora DORINA ORTEGA DE ZABALETA en su calidad de conyugue en aplicación del Decreto 3135 de 1968 en virtud del principio de favorabilidad, toda vez que el causante no cumplió con los requisitos establecidos en dicha normatividad para acceder a tal prestación.

Así las cosas, al no haberse acreditado la ilegalidad del acto administrativo acusado, la Sala despachará desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

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

VI. FALLA

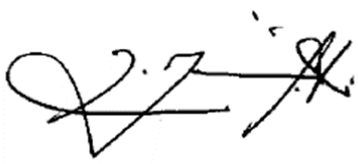
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda**,** por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría de este Tribunal Administrativo, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

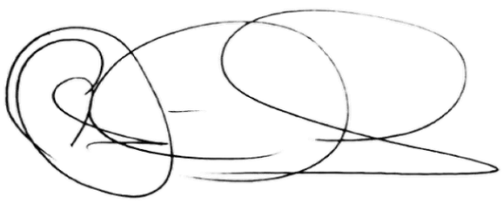
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA