

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ Pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública con fundamento en la Ley 100 de 1993/ De conformidad con sentencia de unificación del Consejo de Estado sólo hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes con base en el régimen general, cuando el hecho generador del derecho, esto es, la muerte del causante, ocurre con posterioridad al 1º de abril de 1994/ Revoca la sentencia emitida por el A quo, para en su lugar disponer la negación de las pretensiones.

No obstante, frente al caso puntual del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los miembros de la fuerza pública con fundamento en la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido constante, pues ha oscilado entre aceptar esa posibilidad bajo el condicionamiento de que la fecha de la muerte del causante sea anterior a la vigencia de la ley considerando la imposibilidad de aplicarla retroactivamente, y avalar sin ninguna condición con fundamento en el principio de retrospectividad de la ley, de suerte que aún cuando el fallecimiento del servidor ocurriera antes del 1º de abril de 1994, igualmente sus beneficiarios tendrían derecho a obtener el reconocimiento con arreglo a las disposiciones del régimen general, bajo consideraciones relativas a la retrospectividad de la ley.

Precisamente esa disparidad de tesis motivó la unificación del criterio sobre el asunto por el pleno de la Sección Segunda, en la sentencia del 25 de abril de 2013, en la cual, al resolver un asunto similar al que aquí se estudia, se acordó la preeminencia de la perspectiva originaria (...)

(...)

De modo conforme a este último pronunciamiento, que la Sala acoge en tanto se constituye precedente vertical, sólo hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes con base en el régimen general, cuando el hecho generador del derecho, esto es, la muerte del causante, ocurre con posterioridad al 1º de abril de 1994.

En el caso concreto, como ya se advirtió, la muerte del Ag. Víctor Henry Portilla Salazar, ocurrió el 24 de septiembre de 1991, fecha en la que aún no había entrado en vigencia el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993; por consiguiente, y de acuerdo con el precedente, es claro que la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Luz Aidee Correa Mayorga deviene improcedente, de donde debe mantenerse la presunción de legalidad del Oficio No. 19876 ARPRES-GRUPE 180730 del 15 de noviembre de 2007 demandado.

Por tanto, al no compartir la Sala la decisión de la primera instancia, se procederá a revocar la sentencia emitida por el A quo, para en su lugar disponer la negación de las pretensiones.

Nota de Relatoría: Ver en el mismo sentido sentencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), Expediente 19001333100320090054401, Arely Gómez Camilo vs Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, MP Carmen Amparo Ponce Delgado.



Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001-33-31-005-2008-00085-01
Demandante : Luz Aidee Correa Mayorga y otra.
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Tribunal Administrativo del Cauca
Pág. 2

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

-SALA DE DECISIÓN 005-

SENTENCIA NR 004

Popayán, veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente : Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado
Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001333100520080008501
Demandante : Luz Aide Correa Mayorga
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra de la sentencia No. 029 del 25 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES (f. 10 c.ppal.)

“(…) PRIMERA.- Que se declare la NULIDAD del Oficio distinguido como No. 19876 ARPE-GRUPE 180730, mediante el cual se NEGÓ el pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora LUZ AIDE CORREA MAYORGA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.543.682, y de la menor VANESSA STEFFANIA PORTILLA CORREA, cónyuge supérstite e hija, respectivamente, del agente fallecido VÍCTOR HENRY PORTILLA SALAZAR.

SEGUNDA.- Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ORDENE A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, el RECONOCIMIENTO Y PAGO de la Pensión Vitalicia de Sobrevivientes a favor de la señora LUZ AIDEE CORREA MAYORGA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.543.682, en calidad de cónyuge supérstite del extinto agente VÍCTOR HENRY PORTILLA SALAZAR, y a favor de la menor

Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001-33-31-005-2008-00085-01
Demandante : Luz Aidee Correa Mayorga y otra.
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Tribunal Administrativo del Cauca
Pág. 3

VANESSA STEFFANIA PORTILLA CORREA, conforme a las normas legales y con retroactividad al día 15 QUINCE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRES (2003), teniendo en cuenta la fecha de radicación del Derecho de Petición (Noviembre 15 de 2007) y contando cuatro años hacía atrás, antes de los cuales opera la prescripción de las mesadas.

Al aplicar el principio constitucional de la Favorabilidad, se debe tener en cuenta lo contemplado en los Arts. 46, 48 y ss de la Ley de 1993 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado que, en diferentes sentencias, ha sostenido que “para el reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes se debe aplicar la norma general más favorable, aún cuando el régimen que regía (sic) al causante no consagraba este derecho, en aplicación del principio de favorabilidad”.

TERCERA.- Que como consecuencia la anterior declaración, se CONDENE A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL-, a RECONOCER Y PAGAR a la Parte actora, o a quien sus derechos represente, el valor total correspondiente a las mesadas pensionales, primas semestral y de navidad, incluyendo el valor de los factores salariales y los aumentos a los que haya derecho conforme a la Ley (no inferior al I.P.C. anual), valores todos debidamente indexados, desde el día QUINCE (15) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRES (2003), hasta el día en que efectivamente se realice el pago de la Retroactividad.

CUARTA.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor o indexación desde el 15 de noviembre de 2003, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, prorrogable hasta la fecha de pago efectivo de la retroactividad.

(...)

2. HECHOS (fl. 8 ib.)

La demanda refiere en síntesis, lo siguiente:

La demandante, es la cónyuge supérstite del Ag. Víctor Henry Portilla Salazar, quien prestó sus servicios a la Policía Nacional durante un (1) año, siete (7) meses y diecinueve (19) días, equivalentes a setenta y ocho semanas, hasta el día 24 de septiembre de 1991, fecha en la cual ocurrió su muerte, calificada por la Policía Nacional como “en simpe actividad”.

El señor Víctor Henry Portilla Salazar contrajo matrimonio con la demandante Luz Aidee Correa Mayorga, y de dicha unión procrearon a Vanessa Steffania Portilla Correa.

El día 15 de noviembre de 2003, la señora Luz Aidee Correa Mayorga obrando en calidad de cónyuge supérstite y en representación de su hija menor Vanesa Portilla Correa, radicó ante la Policía Nacional una solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicitando la aplicación por favorabilidad de la Ley 100 de 1993.

La petición se resolvió por la entidad accionada mediante el oficio número 19876 ARPREGRUPE 180730, fechado 15 de noviembre de 2007, notificado a la parte demandante el día siguiente, en el cual se desestimó la solicitud elevada, bajo el argumento de que la Ley 100 de 1993 no se encontraba vigente al momento de la muerte del Agente Portilla Salazar (q.e.p.d.).

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (f. 12 ib)

Se señalan como normas violadas las siguientes:

- Constitucionales: artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53.
- Legales: Ley 100 de 1993 artículos 46, 47, 48, 288; Ley 238 de 1995 artículo 1.

En el concepto de violación, se argumenta básicamente, que no obstante existir régimen especial de prestaciones sociales aplicable a los miembros de la Policía Nacional, en el caso del personal de agentes contenido en el Decreto 1213 de 1990, es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de dicha prestación, en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que sólo exige un mínimo de 26 semanas cotizadas al momento de la muerte del afiliado frente a las 780 semanas exigidas por el Decreto 1213, ello en aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia. De manera que al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante y a su hija menor, la Policía Nacional ha desconocido el ordenamiento constitucional y legal referido, de ahí que se solicite la nulidad del oficio demandado.

B. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA (fl. 53 ib.)

La Policía Nacional por conducto de apoderado judicial, contesta la demanda de la referencia, manifestando su oposición a la declaratoria de nulidad respecto del Oficio 19876 ARPREGRUPE 180730, adujo que no es posible el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora y su hija, en tanto el agente Víctor Henry Portilla Salazar no contaba con los quince años de servicio exigidos al momento de su muerte -24 de septiembre de 1991- para acceder a la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el Decreto 1213 de 1990.

En cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad, expresó que no puede aplicarse en el caso, dado que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo es viable su aplicación cuando existe duda sobre la norma a aplicar, y en el caso la Policía Nacional se rige por un régimen especial que debe ser aplicado en su integridad.

C. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 109 ib.)

El Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán profirió la sentencia No. 029 del 25 de febrero de 2013 en la que resuelve:

Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001-33-31-005-2008-00085-01
Demandante : Luz Aidee Correa Mayorga y otra.
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Tribunal Administrativo del Cauca
Pág. 5

“PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el Oficio 19876 ARPRES - GRUPE -180730 de 15 de noviembre de 2007, expedido por el Jefe Grupo Pensionados de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL por medio del cual negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la Señora LUZ AIDEE CORREA MAYORGA y de su menor hija VANESSA STEFFANIA PORTILLA CORREA, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, a título de restablecimiento del derecho, ordénese a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL-, reconocer y pagar a la señora LUZ AIDEE CORREA MAYORGA, identificada con la CC 34.543.682 en calidad de conyugue supérstite por lo que la pensión de sobreviviente será de manera vitalicia y a la menor VANESSA STEFFANIA PORTILLA CORREA en calidad de hija del causante VÍCTOR HENRY PORTILLA SALAZAR hasta cuando haya adquirido su mayoría de edad o hasta los 25 años, si acredita los estudios correspondientes; para liquidar el derecho reconocido, la entidad demandada observará estrictamente lo dispuesto en cuanto al porcentaje y cuantía de la pensión de sobrevivientes el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, la prestación deberá cancelarse a partir del 15 de noviembre de 2004, como consecuencia de la prescripción de las mesadas anteriores.

ORDÉNASE la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha del fallecimiento del causante VÍCTOR HENRY PORTILLA SALAZAR, 24 de septiembre de 1991, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DAÑE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada.

TERCERO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN de las mesadas pensionales desde el 24 de septiembre de 1991 hasta el 14 de noviembre de 2004, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. (...)

Para arribar a tal decisión, el A quo consideró en un primer término que, a causa de que la Ley 100 de 1993 establecía un periodo de cotización menor (26 semanas) que el Decreto 1213 de 1990 (780 semanas) resultaba más favorable el régimen general, y por ende debía ser aplicada. Así, al advertir que en el proceso aparecía acreditado que el agente Víctor Henry Portilla Salazar había prestado sus servicios por 1 año, 7 meses y diecinueve días, concluyó que se encontraba ampliamente superada la exigencia de 26 semanas para efectos de serle reconocida la pensión de sobrevivientes a las demandantes., en virtud de lo cual declaró nulo el acto administrativo por medio del cual la entidad dispuso la negación del derecho.

D. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada interpone recurso de apelación, arguyendo que el a quo en su sentencia transgredió el principio de irretroactividad de la ley al conceder la pensión de sobrevivientes que reclama la parte demandante, toda vez que no es suficiente que existan dos normas sobre una misma materia para aplicar la favorabilidad, sino que además es necesario que las dos se encuentren vigentes al momento de la causación del derecho, circunstancia que no ocurre con la Ley 100 de 1993, pues ésta no estaba vigente para la fecha de la muerte del agente Víctor Henry Portilla Salazar, y por ende, sólo podía aplicarse el Decreto 1213 de 1990 para efectos del estudio del reconocimiento de la prestación, que establece que para los casos de muerte simplemente en actividad, se deben acreditar 15 o más años de servicio, criterio que ha sido acogido de forma pacífica por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante intervino en esta instancia indicando que, a pesar de que la Ley 100 de 1993 no estaba vigente al momento de la muerte del Agente Víctor Henry Portillo Salazar, ésta si le puede ser aplicada en atención al principio de favorabilidad. Por su parte, la entidad demandada se limitó a reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 176, 190 ib.)

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (204 Ib.)

La Procuradora 40 Judicial II Administrativa delegada ante esta corporación, informó que no le era posible emitir concepto de fondo *“en consideración a que el Despacho no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los proceso allegados en el término dispuesto en la Ley 1395 de 2010, toda vez que como Procuradora Judicial II Administrativa debo intervenir en los procesos orales asignados y adelantar el proceso conciliatorio extrajudicial”*

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme lo establecido en el artículo 131 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), norma que resulta aplicable en el caso concreto en tanto que el proceso fue promovido con

anterioridad al 02 de julio de 2012, fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. CADUCIDAD.

En la presente acción se demanda la nulidad del Oficio proferido por la Secretaría General del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional **No. 019876 ARPRES-GRUPE-180730 DEL 15 de noviembre de 2007** mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevada por la parte actora.

Dado que el asunto trata sobre una prestación periódica y la demandante se encuentra actualmente vinculada, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de la excepción prevista en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone:

ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. Subrogado por el artículo de la Ley 446 de 1998.

(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, **los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo** por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (Negrillas fuera de texto)

2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la parte actora tiene derecho a que, con fundamento en el principio de favorabilidad, le sea reconocida una pensión de sobrevivientes conforme a lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma que exige un número mínimo de 26 semanas cotizadas por el causante en el año inmediatamente anterior, tal como lo sostuvo el a quo; o si en cambio, en el caso concreto no hay lugar a la aplicación de dicho principio, por cuanto al momento del fallecimiento del agente, estaba vigente el Decreto 1213 de 1990 –no la Ley 100 de 1993–, que exigía un tiempo mínimo de servicio de 15 años.

3. LO PROBADO EN EL PROCESO

En relación con los hechos objeto de demanda fueron arrimadas al proceso las siguientes pruebas:

- Certificado de defunción del Señor Víctor Henry Portilla Salazar, en el que se hace constar que éste falleció el día 24 de septiembre de 1991 (fl. 2 c.ppal.).

Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001-33-31-005-2008-00085-01
Demandante : Luz Aidee Correa Mayorga y otra.
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Tribunal Administrativo del Cauca
Pág. 8

- Registro del matrimonio civil contraído entre el señor Víctor Henry Portilla Salazar (q.e.p.d.) y la señora Luz Aidee Correa Mayorga el día 10 de febrero de 1984 (fl. 3 ib.).
- Registro Civil de Nacimiento de Vanessa Steffania Portilla Correa, en el que se hace constar que ella es hija de Luz Aidee Correa Mayorga y Víctor Henry Portilla Salazar, y que nació el día 19 de junio de 1991 (fl. 4 ib.).
- Informe Administrativo por muerte No. 0327 fechado 27 de noviembre de 1991, en el que se califica el deceso de los Agentes Huberney Castrillón Ocampo y Víctor Henry Portilla Salazar como “muerte simplemente en actividad”. (fl. 5 ib.).
- Oficio referenciado 19876/ARPRE – GRUPE – 180730, por medio del cual la Secretaría General del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional deniega la petición elevada por la apoderada de la Señora Luz Aidee Correa Mayorga de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, arguyendo que el agente Portilla Salazar no cumplía con los 15 años de servicio exigidos por el Decreto 1213 de 1990, y además que no era posible aplicar la Ley 100 de 1993 por no estar vigente al momento de los hechos. (fl. 6 ib.)
- Hoja de servicios del Agente fallecido Víctor Henry Portilla Salazar, en la que se advierte que él ingresó a laborar a la Policía Nacional el día 12 de febrero de 1990 y se le dio retiro por muerte simplemente en actividad el día 24 de septiembre de 1991, para un total de 1 año, 7 meses y 19 días de servicio. (fl. 6-8 c. pbas.)

4. ANÁLISIS DE LA SALA

De acuerdo con el material probatorio, se tiene que el señor Víctor Henry Portilla Salazar, como agente de la Policía Nacional **murió en simple actividad el 24 de septiembre de 1991**, prestando sus servicios desde el 10 de febrero de 1990, completando un tiempo de servicios de un año, siete meses y diecinueve días de servicio.

El Decreto 1213 de 1990, “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*”, entró a regir a partir del 8 de junio de 1990, como régimen especial aplicable a los miembros de la Policía Nacional.

Por su parte la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se establece el sistema general de seguridad social*” entró a regir a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual el agente Víctor Henry Portilla Salazar ya había fallecido.

Ahora, el reconocimiento reclamado por la parte actora se sustenta en las disposiciones del régimen general pensional previsto en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, el primero de los cuales reguló –originalmente-¹ la pensión de sobrevivientes así:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este 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; (...)”

Por su parte el artículo 121 del Decreto 1213 de 1990 se regulan las prestaciones, incluida la pensión de sobrevivientes, a que tienen derecho los beneficiarios de los agentes muertos en servicio activo o simple actividad, en los siguientes términos:

“ARTICULO 121. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en actividad, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que por el Tesoro Público se les pague una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 del presente Estatuto.

b. Al pago de cesantía por el tiempo de servicio del causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público, se les pague una pensión mensual la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con la categoría y tiempo de servicio del causante.” (Se destaca)

De acuerdo con el precitado Decreto, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes está condicionado a que a la fecha del fallecimiento, el causante hubiere cumplido 15 o más años de servicios; de ahí que la entidad le negara a la actora el reconocimiento de aquella prestación, pues de acuerdo con el extracto de hoja de servicios del extinto Ag. Víctor Henry Portilla Salazar, éste laboró al servicio de la Policía Nacional durante de un año, siete meses y diecinueve días de servicio, tiempo insuficiente frente al exigido en la disposición especial.

¹ Esta disposición fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 1993, en cuyo numeral 2º incrementó el número de semanas exigidas, así: “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: (...)”

En cuanto la aplicación preferencial del régimen pensional general a servidores vinculados a entidades exceptuadas, la jurisprudencia de la Corte constitucional² y del Consejo de Estado³ coinciden en avalar esa posibilidad en circunstancias especiales, a saber, como cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general o éste resulta más favorable que el especial, caso en el cual debe preferirse su aplicación, no sin antes establecer si la ley que se dice favorable al servidor, tiene o no vigencia al tiempo de causación del derecho cuyo reconocimiento se pretende.

No obstante, frente al caso puntual del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los miembros de la fuerza pública con fundamento en la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido constante, pues ha oscilado entre aceptar esa posibilidad bajo el condicionamiento de que la fecha de la muerte del causante sea anterior a la vigencia de la ley considerando la imposibilidad de aplicarla retroactivamente⁴, y avalar sin ninguna condición con fundamento en el principio de retrospectividad de la ley, de suerte que aún cuando fallecimiento del servidor ocurriera antes del 1º de abril de 1994⁵, igualmente sus beneficiarios tendrían derecho a obtener el reconocimiento con arreglo a las disposiciones del régimen general, bajo consideraciones relativas a la retrospectividad de la ley⁶.

Precisamente esa disparidad de tesis motivó la unificación del criterio sobre el asunto por el pleno de la Sección Segunda, en la sentencia del 25 de abril de 2013, en la cual, al resolver un asunto similar al que aquí se estudia, se acordó la preeminencia de la perspectiva originaria, en los siguientes términos⁷:

“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

²V.gr., en la sentencia C-461 de 1995 al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 279 de la ley 100 de 1993, señaló que “(...)el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. 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.”.

³ C.E. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 11 de abril de 2002, 13 de febrero de 2003 y 5 de mayo de 2005. Rads. 3106-00, 1251-02 y 2436-04.

⁴ C.E. Sección Segunda Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2008, exp. 1645-07.

⁵ Ver: C.E., Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, exp. 3106-00, sentencia de 11 de abril de 2002; sentencia del 29 de abril de 2010, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp. 0548-09.

⁶En la sentencia del 1º de noviembre de 2012, de la Subsección B, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 0682-2011, se indicó que “...en tratándose de las prestaciones sociales, y en casos excepcionales, por razones de justicia y equidad se hace necesaria la aplicación retrospectiva de la ley. Esta posición permite efectivizar derechos mínimos respecto del acceso a la seguridad social, pues una interpretación diversa impide tener la oportunidad de beneficiarse de las nuevas prerrogativas creadas por el legislador en orden a proteger a los asociados en esta materia, la cual, por su naturaleza, es altamente sensible al tejido social y materializa los postulados inherentes al Estado Social de Derecho.”.

⁷ CP. Luis Rafael Vergara Quintero, exp. 1605-09.

Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

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

*En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que **los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior⁸, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.***

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010⁹ y noviembre 1º de 2012¹⁰, 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.”(Se destaca)

De modo conforme a este último pronunciamiento, que la Sala acoge en tanto se constituye precedente vertical, sólo hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes con base en el régimen general, cuando el hecho generador del derecho, esto es, la muerte del causante, ocurre con posterioridad al 1º de abril de 1994.

⁸ Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

⁹Radicación 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.

¹⁰ 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”.

Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 19001-33-31-005-2008-00085-01
Demandante : Luz Aidee Correa Mayorga y otra.
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional

Tribunal Administrativo del Cauca
Pág. 12

En el caso concreto, como ya se advirtió, la muerte del Ag. Víctor Henry Portilla Salazar, ocurrió el 24 de septiembre de 1991, fecha en la que aún no había entrado en vigencia el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993; por consiguiente, y de acuerdo con el precedente, es claro que la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Luz Aidee Correa Mayorga deviene improcedente, de donde debe mantenerse la presunción de legalidad del Oficio No. 19876 ARPRES-GRUPE 180730 del 15 de noviembre de 2007 demandado.

Por tanto, al no compartir la Sala la decisión de la primera instancia, se procederá a revocar la sentencia emitida por el A quo, para en su lugar disponer la negación de las pretensiones.

III. DECISIÓN

Por lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 029 del 25 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la Señora **LUZ AIDEE CORREA MAYORGA** y su hija **VANESSA STEFFANIA PORTILLA CORREA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**; y en su lugar **SE DISPONE: NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, o en su defecto a aquél con competencia escritural al que le corresponda continuar con el proceso para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala según consta en acta de la fecha.

Los Magistrados,

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

MAGNOLIA CORTES CARDOZO