



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
-Apelación Sentencia

Demandante: ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Radicación: 20-001-33-31-005-2016-00075-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2017, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

El apoderado de la parte demandante, manifiesta que el agente PALACIO MELGAREJO NÉSTOR CARLOS (Q.E.P.D), prestó sus servicios como miembro activo de la Policía Nacional por un periodo de 2 años y 27 días.

Relata que el 22 de diciembre de 1989, el señor agente PALACIO MELGAREJO, al desaguar accidentalmente una granada de fragmentación que portaba en una mochila resultó gravemente herido, con amputación del brazo izquierdo y posterior fallecimiento el día 23 de diciembre de 1989.

Sostiene que a los señores ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO y OSVALDO PALACIO GONZÁLEZ, en su condición de padres le fueron cancelados los rubros prestacionales del causante, pero no le fue otorgada pensión de sobreviviente.

Indica que la demandante cuenta con más de 72 años de edad, se encuentra desamparada totalmente ya que no tiene medio de sustento alguno y dependía económicamente del causante, razón por la que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, solicitud radicada con el No. 053162, la cual fue negada mediante el acto administrativo No. S-2015-143736/ARPRE-GROIN-1.10 del 21 de mayo de 2015, expedido por el Jefe del Grupo de Orientación e Información del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, bajo el argumento que no cumplía con el requisito señalado en el Decreto 97 de 1989.

2.2.- PRETENSIONES.

La parte demandante, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo No. S-2015-143736/ARPRE-GROIN-1.10 del 21 de mayo de 2015, expedido por el Jefe del Grupo, mediante el cual se resuelve en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague a la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO la pensión de sobreviviente a que tiene derecho por el fallecimiento del señor NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, dando aplicación a la Ley 100 de 1993 de manera retroactiva de conformidad a los pronunciamientos jurisprudenciales aplicables al caso en concreto.

Así mismo, que se condene a la entidad demandada, emitir el correspondiente acto administrativo a través del cual se reconoce dicha pensión, y posteriormente, se realice la respectiva inclusión en nómina.

Que se condene a la demandada al pago de la indexación ordenando la actualización del valor que resulte por mesadas pensionales atrasadas, aplicando para tal fin la variación de índices de precios al consumidor certificado por el DANE.

Que se dé cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente se reconozcan los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, tal como lo establece el artículo 192 ibídem.

Que se condene en costas y gastos del proceso a la entidad demandada.

2.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La actora estima vulnerados los artículos 5, 13, 23, 29, 48, 53 y 89 de la Constitución Política, el artículo 46, 47, y 48 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, y la sentencia T- 106 de 2012. Toda vez que en virtud de los principios de favorabilidad y proporcionalidad le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que el régimen especial en materia de pensiones que aplica para todos aquellos exceptuados de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social Integral, les es aplicable en la medida que se introduzca con el mismo unas condiciones más favorables para sus prestaciones de la seguridad social.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia dictada el 27 de septiembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda, argumentando que en el presente caso no es procedente darle aplicación a las disposiciones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tal como lo pretende la parte demandante, teniendo en cuenta que la muerte del señor NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO (q.e.p.d.) quien era miembro activo de la Policía Nacional, hijo de la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO, acaeció el 23 de diciembre de 1989, 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, siendo entonces la normatividad aplicable al presente asunto, la contenida en el Decreto 97 de 1989, conforme a los principios de no retroactividad de las leyes y de inescindibilidad del régimen pensional.

Sostuyo que la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO no tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, toda vez que no se cumplieron los requisitos de tiempo de servicios, en la medida en que el causante laboró tan solo 2 años, 2 meses y 27 días; de los 15 años necesarios para el reconocimiento de la pensión de que trata el artículo 119 del Decreto 97 de 1989.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, manifestando que el negarse aplicar las disposiciones de la ley 100 de 1993 que consagra la pensión de sobreviviente, desconoce los principios de favorabilidad y de igualdad material contemplados en la Constitución Política de 1991.

Alega que la figura para aplicar la ley en el tiempo no es el de la retroactividad sino el de la retrospectividad, figura 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 consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguiente vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

Dice que es necesario que se otorgue un trato diferenciado a la situación jurídica de las personas que dependían económicamente de un familiar que falleció antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con respecto a aquellos que sufrieron de dicha contingencia con posterioridad a esa fecha, y se considere que ésta no se ha consolidado efectivamente en cuanto corresponde a un escenario que i). Se encontraba aún en discusión al momento de la entrega en vigencia del actual modelo constitucional y de la normatividad legal que sí prevé la pensión de sobrevivientes, ii). En la actualidad, continua produciendo efectos jurídicos, y iii). Surgió como producto de la existencia de un vacío regulatorio que desconocía la finalidad y objetivo mismo de la existencia de la seguridad social como institución jurídica.

Señala que la normatividad actual que consagra la figura de la pensión de sobrevivientes es aplicable, en forma retrospectiva, a situaciones en las que una persona falleció, sin que al momento de su muerte existiera norma alguna que previera dicha prerrogativa. Ello, pues ante la ausencia de normatividad que regule el derecho en mención, debe entenderse como no consolidada situación jurídica del núcleo familiar afectado.

Dice que la posibilidad de aplicar retrospectivamente la ley en materia pensional, ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de donde resulta viable el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante de conformidad a las disposiciones propias establecidas en la Ley 100 de 1993.

V.- ALEGATOS

En esta oportunidad procesal, la parte demandante, repite los argumentos expuestos en el recurso apelación, insistiendo en el derecho que le asiste a la actora el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que solicita, según lo establecido en el régimen de pensión establecido en la ley 100 de 1993, toda vez que éste es más favorable que el contemplado en los Decretos 096 y 097 de 1989, en la medida que para acceder a dicha prestación, sólo exige un mínimo de 26 semanas de cotización e incluye a los padres que dependen económicamente del causante entre los beneficiarios de la prestación.

Insiste en que se trata de dar una aplicación retrospectiva de la ley pensional en virtud del principio de favorabilidad.

Por su parte, la entidad demandada, manifiesta que la Policía Nacional posee un régimen prestacional especial de carácter constitucional, corolario de lo anterior

los reconocimientos prestacionales realizados al personal de la Policía en todos sus grados, están sujetos a la aplicación del citado régimen enmarcado dentro de su desarrollo normativo, que para el caso del reconocimiento de pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor AG. F PALACIO MELGAREJO NÉSTOR, se remonta al Decreto 97 de 1989, norma que se encontraba vigente al momento de su fallecimiento, es decir el 23 de diciembre de 1989, y que exigía tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió este requisito no era viable su reconocimiento.

VI.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia proferida el 27 de septiembre de 2017, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en cuanto negó a la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el régimen general dispuesto en la Ley 100 de 1993, en aplicación de los principios de favorabilidad y retrospectividad.

6.1. Régimen aplicable en materia de sustitución pensional de los miembros de la Policía Nacional.

El recuento jurídico se hará a partir de la norma vigente para el momento de la muerte de NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO para continuar con las normas vigentes sobre el tema; luego se mencionan aquellas que la actora considera aplicables.

El Decreto 97 del 11 de enero de 1989, « Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional », vigente para la fecha del fallecimiento (23 de diciembre de 1989) del de cujus en sus artículos 119 y 120 establecieron las prestaciones sociales causadas por la muerte de un Agente de la Policía Nacional simplemente en actividad o en actos del servicio, en los siguientes términos:

“Artículo 119. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en actividad, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a) A que por el Tesoro Público se les pague una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 del presente estatuto;

b) Al pago de cesantía por el tiempo 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.”

“Artículo 120. MUERTE EN ACTOS DE 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:

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

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante;

c) 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”.

Las normas transcritas establecieron como único requisito para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de un policial muerto en simple actividad o en actos del servicio, que el agente hubiere cumplido 12 o 15 años o más de servicio, respectivamente.

Conforme a la fecha de la muerte del señor NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, estas serían las normas aplicables, sin embargo, de conformidad con lo pedido, la Sala debe establecer si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en la forma dispuesta por la Ley 100 de 1993, norma más favorable en su exigencia para efectos de la sustitución pensional.

La Ley 100 de 1993-Régimen General de Seguridad Social.

El régimen general de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, determinó en el artículo 46 que los beneficiarios del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

“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;

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; (...).»

Esta norma exige como presupuesto para reconocer la pensión de sobreviviente que el afiliado esté cotizando al sistema y que lo hubiere hecho por lo menos 26 semanas antes de su deceso. Sin embargo, el artículo 279 ibídem, excluyó a los miembros de la Fuerza Pública de su aplicación y de otro lado, empezó a regir según el artículo 151 a partir del 1º de abril de 1994, así:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley [...]”.

“ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma [...]”

De otra parte la Ley 923 de 2004, Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, aplicable al caso según la demandante, precisa en el artículo 3 ib., los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez, en los siguientes términos:

*“.....
Artículo 3. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

(...) 3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.....”

Se estableció en esta norma un monto de acuerdo al tiempo de servicio, y se exigió para acceder al derecho que este no sea superior a un año a partir de la finalización del curso de formación y sea dado de alta en la carrera como miembro de la Fuerza Pública.

La citada Ley 923 de 2004, extendió sus efectos para el reconocimiento pensional de invalidez y sobrevivientes a los hechos ocurridos en servicio o simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, cuando estableció:

“ARTÍCULO 6. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley”.

La Corte Constitucional en la sentencia C-924 de 2005, declaró exequible el citado artículo, argumentando que el legislador tiene la discrecionalidad para

determinar la vigencia de las normas siempre que ello no implique un retroceso al reconocimiento de los derechos de carácter prestacional.

El Gobierno Nacional profirió el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", estableciendo en el artículo 1 su campo de aplicación, en los siguientes términos:

"Artículo 1. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto".

Con respecto a la pensión de sobrevivientes de cada una de las instituciones que conforman la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentra la Policía Nacional, diferenció los requisitos cuando la muerte se causa en actos especiales del servicio, actos de servicio y muerte en simple actividad, estableciendo para éste último caso lo siguiente:

«Artículo 29. Muerte en simple actividad. A la muerte en simple actividad de un Oficial, Suboficial, Agente o del personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón, por causas diferentes a las enumeradas en los artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por la Dirección General de la Policía Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.»

Se fijó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por muerte en simple actividad, en un año o más de haber ingresado al escalafón y señaló las pautas para su liquidación.

6.2. Antecedentes jurisprudenciales.

El Consejo de Estado mediante sentencia de 29 de abril de 2010¹, reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, pese a que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970, con base en los siguientes argumentos:

"(...) Si bien alega la demandada la imposibilidad jurídica de aplicar retroactivamente el contenido de las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 a un hecho sucedido con anterioridad a su expedición, como lo fue la muerte del Agente ocurrida el 6 de octubre de 1970, debe precisar la Sala que en materia laboral y por virtud del principio de favorabilidad se admite la aplicación retrospectiva de la Ley, tal como lo ha sostenido esta Corporación en diferentes oportunidades e incluso la Corte Constitucional, quien ha señalado particularmente en materia pensional que la norma más favorable se aplique retrospectivamente, por cuanto la Ley nueva si puede

¹ Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Dr. 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.

regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido bajo la vigencia de una Ley, no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva como derecho bajo la Ley antigua. (...)

Este criterio jurisprudencial fue ratificado por esta Corporación en sentencia de 1° de noviembre de 2012², que reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, no obstante, que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. Igualmente, en sentencia del 7 de febrero de 2013³, señaló 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 le fueran aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas pueden resultar más favorables a sus pretensiones. Al respecto, consideró:

"(...) 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 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.

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, el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Segunda⁴, rectificó expresamente su posición anterior e indicó que si bien se venía adoptando una posición favorable para los beneficiarios en

² Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11).

³ 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: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado 050012331000200801384 01 (0998-2012).

⁴ Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09).

cuanto al régimen pensional, es decir, que cuando el régimen especial no cumpliera unas mínimas garantías y por el contrario el general sí lo hiciera, en virtud del principio de favorabilidad debía preferirse la aplicación retrospectiva de este último. Pero también precisó, 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 causante. Al respecto, específicamente señaló:

"(...) 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 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, 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.”

En este orden de ideas, el Consejo de Estado⁵ ha reiterado que 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.

Así las cosas, se precisa que si bien en un comienzo la jurisprudencia del Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad, aplicó retrospectivamente la Ley 100 de 1993 y reconoció la pensión de sobrevivientes a beneficiarios de agentes de la Policía Nacional cuyo deceso ocurrió antes de su entrada en vigor (1 de abril de 1994), lo cierto es que tal postura jurisprudencial fue rectificadora y, por ello, no es dable que las disposiciones del régimen general de seguridad social cobijen a beneficiarios de los extintos agentes, por cuanto el derecho pensional se causa a partir del fallecimiento y se emplea la norma que regía en ese momento.

Por otra parte, destaca la Sala que la Corte Constitucional, en la sentencia T-116 de 2016, revisó los fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado, en una situación fáctica similar a la sub judice, e hizo referencia a sus propias decisiones contenidas en los fallos T-891 de 2011, T-072 de 2012 y T-587A de 2012, en las que apoyó el precedente de esa Corporación vigente para esas fechas, en torno a la posibilidad de aplicar de manera retrospectiva la ley de seguridad social actual para resolver solicitudes pensionales de sobrevivientes relativas a causantes que fallecieron antes de 1991, pero precisó que en la sentencia T-564 de 2015, tuvo en cuenta la rectificación de jurisprudencia efectuada el 25 de abril de 2013, por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en el sentido de entender que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, sin embargo, pese al precedente resulta necesario que se verifique en cada caso el grado de afectación de los sistemas pensionales preconstitucionales, lo que conlleva examinar la normativa especial aplicable a la situación concreta frente a las generales también existentes para esos momentos.

En síntesis, concluyó el tribunal constitucional, en la sentencia T-116 de 2016, que le corresponde al juez “(...) verificar en cada caso (i) si la aplicación de la ley preconstitucional de seguridad social en concreto es una carga desproporcionada, y de ser así, (ii) proceder a implicarla o flexibilizar su interpretación con el fin de superar situaciones de graves afectaciones de derechos fundamentales, como ocurre con las solicitudes de sustituciones pensionales de cónyuges de trabajadores que prestaron sus servicios al Estado por más de 15 años”.

6.3. Caso concreto.

La señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO, elevó petición ante la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL-, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por ser beneficiaria de su hijo fallecido NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, quien para el momento del deceso ostentaba la condición de Agente de la Policía Nacional.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). CONSEJERA PONENTE: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, radicado 05001 23 33 000 2013 00696 01 (5010 2014); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018). CONSEJERO PONENTE: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, radicado 17001-23-33-000-2013-00604-01 (3713-2014)

La entidad demandada mediante el acto administrativo contenido en el oficio No. S-2015-143736/ARPRE-GROIN-1.10 del 21 de mayo de 2015 (fls. 55-59), negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE PALACIO, con fundamento en que a la situación del *de cujus* NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, se le debía aplicar el Decreto 097 de 1989, y para el momento del fallecimiento- 23 de diciembre de 1989- el Agente de Policía no cumplía con los requisitos allí exigidos para que a sus beneficiarios se les reconociera la pensión de sobrevivientes, toda vez que prestó sus servicios a la Institución por un lapso de 2 años, 2 meses y 27 días, cuando el artículo 119 del Decreto 97 de 1989, exige que hubiere cumplido 15 o más años de servicios.

En virtud de lo anterior la parte demandante solicita la nulidad de dicho acto administrativo, y en consecuencia que se le ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor, dando aplicación al artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Dentro del expediente está plenamente demostrado que, el señor NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, falleció el día 23 de diciembre de 1989—*ver folio 11-*, fecha para la cual no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, pues la misma comenzó a regir desde el primero (1) de abril de 1994, siendo claro entonces para la Sala, que de acuerdo con la tesis unificada de la Sala de la Sección Segunda el régimen pensional aplicable era el contemplado en el artículo 121 del Decreto 097 de 1989, por ser la norma vigente al momento de la ocurrencia del fallecimiento del causante.

En consecuencia, comoquiera que el artículo 119 del referido Decreto 97 de 1989 prescribía como requisito para acceder a la prestación de sobrevivientes que el agente hubiere cumplido quince (15) años o más de servicios, la actora no tiene derecho al reconocimiento pensional, ya que el causante solo trabajó durante dos (2) años, dos (2) meses y veintisiete (27) días⁶, esto es, no cumplió la exigencia de tiempo de servicios establecida en dicho precepto.

De igual modo, aunque la demandante fundamenta su pretensión en la retrospectividad de la Ley 100 de 1993, ello no es posible en el sub lite pues, como se dejó anotado, la postura adoptada por el Consejo de Estado es diáfana al considerar que tal normativa no puede cobijar las situaciones jurídicas de los agentes que hayan fallecido con anterioridad a su vigencia, las que ya se encuentran consolidadas bajo la disposición en vigor para ese lamentable acontecimiento, para el asunto sub examine el Decreto 97 de 1989.

A manera de conclusión, estima la Sala que si bien es dable acogerse a los mandatos del régimen general de seguridad social cuando este resulte menos restrictivo que el especial, lo cierto es que la favorabilidad únicamente es viable respecto de la disposición que rija para el momento en el que se cause la pensión, es decir, que en circunstancias como la aquí estudiada donde el derecho se generó el 23 de diciembre de 1989 (fecha de la muerte del extinto agente), cuando no estaba en vigor la Ley 100 de 1993, es imposible aplicar retrospectivamente el contenido de esta.

Asimismo, se extiende dicho criterio jurisprudencial frente a la Ley 923 y el Decreto 4433, ambos de 2004, en el entendido que son normas expedidas 15 años después de la muerte del agente NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO, las que tampoco son susceptibles de tener en cuenta dada las

⁶ Así lo manifiesta la demandante en su escrito de la demanda, y lo ratifica la entidad demandada tanto en el acto administrativo de demandado, como en la contestación de la demanda.

restricciones al principio de favorabilidad con base en la retrospectividad de la ley, ya señaladas, además de recordar que la condición más beneficiosa, "se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora", que no es el caso de la demandante.

Por otra parte, ante el deceso de su hijo, a la peticionaria, de conformidad con la normativa vigente, le fueron reconocidas las prestaciones sociales que la Policía Nacional, establece para estos casos, es decir, obtuvo para sí lo que legalmente le correspondía bajo la norma aplicable, por lo que no existió desmedro de sus derechos económicos.

Aunado a lo anterior, se observa que entre la muerte del causante (23 de diciembre de 1989) y la petición del reconocimiento pensional a la demandada (2015)⁷ han transcurrido más de 26 años, lo que desvirtúa que la negativa del reconocimiento de la prestación genere una afectación actual y grave a sus derechos constitucionales fundamentales, que permita a la Sala inaplicar el régimen legal del cual se benefició en su oportunidad y que en concretó no resulta inconstitucional.

En las anteriores condiciones, al no cumplir el Agente NÉSTOR CARLOS PALACIO MELGAREJO los requisitos de tener 15 años como mínimo de servicio activo al momento de su fallecimiento, no era viable el reconocimiento de la pensión de sobreviviente tal como lo resolvió el acto controvertido.

Finalmente, en lo que hace a la condena en costas, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se observa que en la sentencia de primera instancia se aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), al considerarse que se "condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por cuanto fue la parte que resultó vencida en la presente actuación", pues no estudió otros aspectos, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

Al respecto, es preciso referirse a lo dicho por la Corte Constitucional respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, así:

La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las

⁷ Esto se deduce de la fecha (21 de mayo de 2015) de expedición del acto administrativo a través del cual la Policía Nacional le da respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente a la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO.

⁸ Cfr. la sentencia C-157/13, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (Subraya de la Sala).

Conforme con este pronunciamiento de la Corte Constitucional, la condena en costas, en los términos previstos en el artículo 365 del CGP, surge de la derrota de una parte en el proceso o de la decisión desfavorable del recurso interpuesto con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

No obstante, lo anterior no obsta para que se exija *“prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*, tal como lo ha establecido de manera reiterada el Consejo de Estado, señalando que la regla que impone la condena en costas (regla nro. 1, 3, 4 y 5) *«debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” »*⁹

Así entonces, atendiendo el tenor literal del 365 del CGP, en principio, la parte vencida en el proceso o en el recurso *“tendría que ser condenada a pagar las costas de ambas instancias”*. *“Sin embargo, tal circunstancia está sujeta a la regla del numeral 8, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando, en el expediente, aparezcan causadas y, siempre y cuando, estén probadas”*¹⁰, es decir, se reconoce como requisito específico para que haya lugar a la condena en costas que efectivamente se hayan causado y que la parte interesada haya aportado los medios de prueba idóneos que acrediten tal hecho.

En el caso *sub examine*, la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la parte demandante, es decir, en principio, por ser la parte vencida tendría que ser condenada en costas (gastos o expensas del proceso y agencias del derecho), pero, se tiene que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que acredite causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, razón que al margen de la conducta de las partes sugiere que no procede su imposición al vencido.

En vista de lo anterior, estima la Sala que ha de confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, ya que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, y se revocará la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte demandante, de conformidad con los argumentos que anteceden.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2017 por el juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora ORBILIA ROSA MELGAREJO DE

⁹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, abril 5 de 2018. Radicación: 760012333000201200430-01 (21873). Demandante: RESTREPO & LONDOÑO ASESORES TRIBUTARIOS Y JURIDICOS S.A. En este mismo sentido las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

¹⁰ Cfr. la sentencia del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

PALACIO, contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

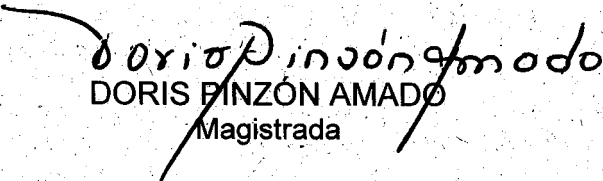
SEGUNDO: Revócase el numeral segundo de la parte resolutive del fallo apelado, que condenó en costas, a la parte demandante.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 093.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado