

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero dos mil quince (2015)

**Expediente N°: 05-001-23-33-000-2012-00086-01**  
**N° interno: 3894-2013**  
**Demandante: MARÍA DORIS MARÍN DE GARCÍA**  
**Demandado: EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN - E.S.P.**  
**Instancia: SEGUNDA - Ley 1437 de 2011**

---

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaria de fecha 28 de noviembre de 2014, y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia de 24 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia una vez verificado que no hay susceptibilidades procesales o vicios de nulidad que sanear.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1 La demanda y sus fundamentos**

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>2</sup>, la señora María Doris Marín de García, solicitó la nulidad del Oficio de fecha 29 de febrero de 2012, Radicado N° 01098 con radicado interno N° 000384 y del Oficio de 16 de abril de 2012 radicado N° 02233 con radicado interno N° 0103, por medio de los cuales el Gerente de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., le negó el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional a la que tiene derecho como cónyuge supérstite del señor Luís Eduardo García Orozco.

---

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011, Artículo 247. Segunda instancia ante el Consejo de Estado. Apelación de sentencias.

<sup>2</sup> Ley 1437 de 2011, Artículo 138.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el apoderado de la actora solicitó: i) condenar a la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes de conformidad con la Ley 100 de 1993; ii) pagar en forma retroactiva las mesadas pensionales dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento del causante; iii) reconocer y pagar intereses de mora e indexar la primera mesada pensional; iv) reconocer y pagar la suma de ochenta millones de pesos (\$ 80.000.000) m/cte., por perjuicios morales causados como consecuencia de la negativa al pago de la pensión de sobrevivientes; y v) condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 o la devolución de saldos a favor por los años y semanas cotizadas por el causante de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Para una mayor comprensión del caso la Sala, se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

El apoderado de la demandante afirmó que la señora María Doris Marín de García es la cónyuge sobreviviente del señor Luís Eduardo García Orozco, quien trabajó como empleado público para Empresas Varias de Medellín - E.S.P., desde el 25 de octubre de 1967 hasta el 16 de octubre de 1984, y falleció el 6 de julio de 1991.

Indicó que la señora María Doris Marín de García, mediante escrito de 20 de Octubre de 1993 dirigido al Jefe del Departamento de Relaciones Industriales de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, frente a la cual el Gerente de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., a través de Oficio N° 17535 de 29 de Octubre de 1993 negó la petición argumentando que el señor Luis Eduardo García Orozco, no cumplió con los requisitos de tiempo y edad exigidos por Ley 12 de 1975<sup>3</sup>.

Afirmó que la señora María Doris Marín de García, por segunda ocasión, mediante escrito de 5 de agosto de 2002 solicitó al Gerente de las Empresas Varias de

---

<sup>3</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.

Medellín - E.S.P., el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, frente al cual el Gerente de la referida entidad mediante Oficio N° 52728 radicado interno N° 10313 de 6 de noviembre de 2002, contestó que su petición no era viable porque el señor Luís Eduardo García Orozco no cumplió con el requisito de veinte (20) años de servicios exigido por el artículo 1° la Ley 12 de 1975, aplicable para la fecha del fallecimiento de aquel.

El apoderado de la demandante manifestó que en atención a lo anterior la señora María Doris Marín de García demandó ante la jurisdicción ordinaria laboral a las Empresas Varias de Medellín E.S.P., a fin de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes.

Expuso que la demanda ordinaria laboral fue tramitada en primera instancia por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín que en sentencia<sup>4</sup> accedió a sus pretensiones y condenó a la demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín<sup>5</sup>, sin embargo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 5 de Julio de 2005 revocó las decisiones de instancia y negó las pretensiones de la demanda por falta de competencia al considerar que su cónyuge el señor Luís Eduardo García había sido empleado público y no trabajador oficial, por lo tanto el litigio debía ser tramitado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

El apoderado de la demandante afirmó que, posteriormente la señora María Doris Marín de García solicitó<sup>6</sup> al Gerente del Fondo de Prestaciones del Municipio de Medellín el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en consideración a que las Empresas Varias de Medellín E.S.P. son un establecimiento público adscrito a esa entidad territorial. Afirmó que el Gerente del Fondo de Prestaciones del Municipio de Medellín mediante Oficio de 6 de julio de 2007 negó la petición, por lo cual la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, sin embargo, mediante las Resoluciones N° 585 de 31 de octubre de 2007 y N° 1084

---

<sup>4</sup> La actora no señala la fecha de la sentencia ni la aporta.

<sup>5</sup> La actora no señala la fecha de la sentencia ni la aporta.

<sup>6</sup> La actora no indicó la fecha del escrito ni lo aportó.

de 14 de abril de 2008, el Gerente del Fondo de Prestaciones del Municipio de Medellín y el Alcalde de Medellín confirmaron la decisión de negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Relató el apoderado de la demandante que, la señora María Doris Marín de García presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Medellín por haberle negado, mediante los actos antes mencionados, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, sin embargo el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia de primera instancia de 9 de noviembre de 2011 negó las pretensiones argumentando que debía haberse demandando a las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., por cuanto esta entidad cuenta con personería jurídica y patrimonio independiente.

Señaló que mediante escrito de 30 de enero de 2012, la señora María Doris Marín de García, nuevamente solicitó al Gerente de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; el pago retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento de su cónyuge; el pago de intereses de mora sobre las mesadas retroactivas a las cuales tiene derecho o sobre cualquier indemnización sustitutiva o la devolución de los aportes; la indexación de la primera mesada pensional y el pago de los perjuicios materiales y morales causados.

Mencionó que el Gerente de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., mediante Oficio N° 01098 de 29 de febrero de 2012, radicado interno N° 00384, contestó negativamente la petición de la actora por cuanto que el objeto principal del requerimiento ya había negado en oportunidad anterior por la administración y la jurisdicción, y con respecto a las demás solicitudes subsidiarias contestó que no eran procedentes.

Afirmó que la demandante mediante escrito de 6 de marzo de 2012 presentó recurso de reposición contra la decisión anterior, sin embargo el Gerente de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., mediante la Resolución N° 02233 de 16 de

marzo de 2012 confirmó la decisión de negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Finalmente el apoderado de la demandante, señaló que la señora María Doris Marín de García dependía económicamente de su cónyuge y que aún requiere de los dineros producto de la indemnización sustitutiva o de la pensión de sobrevivientes para atender su propia subsistencia; además señaló que la negativa de la entidad demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes le ha causado perjuicios morales y materiales que deben ser resarcidos por la demandada.

## **1.2 Normas violadas y concepto de violación**

### **1.2.1 Normas violadas**

La parte demandante cita como violadas las siguientes disposiciones: artículos 1°, 13 y 29 de la Constitución Política; el Acuerdo N° 059 de 15 de septiembre de 1964 expedido por el Concejo Municipal de Medellín; y los artículos 13<sup>7</sup>, 37, 46<sup>8</sup>, 49 64, 66, 73, 75, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993.

### **1.2.2 Concepto de violación**

Afirma el apoderado de la parte demandante que los actos administrativos demandando desconocieron que la señora María Doris Marín de García tiene derecho al pago de la pensión de sobrevivientes consagrada en la Ley 100 de 1003 como cónyuge supérstite del Luís Eduardo García Orozco, en atención al precio de favorabilidad y retroactividad de la ley laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Señaló que los actos administrativos acusados no tuvieron en cuenta el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, según el cual, el tiempo que el esposo de la demandante laboró al servicio de las Empresas Varias de Medellín - E.S.P., debía tenerse en cuenta para efectos de la pensión de vejez de aquel, en consecuencia dado que no

---

<sup>7</sup> Modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003

<sup>8</sup> Modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003

alcanzó apensionarse surge el derecho para sus beneficiarios a la pensión de sobrevivientes.

Aseguró que los actos demandados son nulos, pues son contrarios a lo dispuesto en las normas invocadas como violadas, ya que si las Empresas Varias de Medellín E.S.P., era la entidad que directamente asumía las pensiones para el tiempo en que el señor García Orozco laboró al servicio de esta entidad, tendría la obligación de expedir el bono pensional conjuntamente con el Ministerio de Hacienda para trasladar dicho bono al fondo que el trabajador hubiere escogido, pero que como el cónyuge falleció antes, la accionada tendría la obligación de desembolsarle a la actora los dineros correspondientes a una indemnización sustitutiva.

Señaló además que si el fallecido cónyuge de la accionante hubiera optado por el régimen de ahorro individual, una vez cumplida la edad para pensionarse por vejez, sin tener el dinero necesario para pensionarse, tendría derecho a la devolución de su capital acumulado, incluidos los rendimientos financieros y el bono pensional, por lo cual es procedente el reembolso de estos dineros a la cónyuge supérstite.

Aseguró que de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 cuando los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en su lugar una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que deberá ser equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

### **1.3 Contestación de la demanda<sup>9</sup>**

La entidad demandada a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con los argumentos que resumen a continuación:

Señala el apoderado de la parte demandada que la demandante no tiene derecho a la prestación reclamada porque el cónyuge de la demandante, Luís Eduardo García

---

<sup>9</sup> Folio 95 del expediente.

Orozco, no cumplió en vida con los requisitos para causar una sustitución pensional o una pensión de sobrevivientes, en favor de sus beneficiarios.

Indicó que como el señor Luís Eduardo García Orozco, falleció el 6 de julio de 1991, las normas que regulaban la materia en discusión son los Decretos N° 3135 de 1968, N° 1848 de 1969, N° 434 de 1971, y las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, normas en las cuales se exigía para causar una sustitución pensional, que el fallecido fuere pensionado o jubilado, o que hubiera cumplido los requisitos y no hubiera pedido la pensión, o hubiera cumplido un tiempo de servicios igual a 20 años.

Señaló que en el presente caso, no es procedente la aplicación de la Ley 100 de 1993 y/o la Ley 797 de 2003, debido a que el señor Luís Eduardo García Orozco, falleció mucho tiempo antes de la entrada en vigencia de dichas normas y no es posible darles un efecto retroactivo, considerando que la jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que para la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable al caso concreto, es la vigente al momento de la muerte del afiliado al sistema de pensiones.

En relación con la pretensión de reconocimiento de perjuicios materiales y morales, señaló el apoderado del ente demandado que, no es posible acceder a este tipo de pretensiones, porque no hay un nexo causal entre estos y los administrativos acusados y porque el tiempo que transcurrido entre la negativa de la administración y la presentación de la demanda ha sido responsabilidad de la parte demandante.

Frente a las pretensiones de reconocimiento de una indemnización sustitutiva o devolución de aportes manifestó que no son procedentes porque: i) cuando falleció el causante estas prestaciones no existían dado que fueron creadas con la Ley 100 de 1993 y no se le puede dar efectos retroactivos a dicha norma; ii) en el caso de existir derecho a tal prestación, ésta se encuentra prescrita; y iii) para el tiempo en que el señor Luís Eduardo García Orozco laboró, como empleado público, no se hacían aportes a ninguna caja y tampoco se efectuaban descuentos para pensión,

ya que era la entidad a la que se le prestaba el servicio la encargada de pensionar a los trabajadores, una vez cumplieran con los requisitos.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante, propuso como excepciones de fondo las siguientes: i) inexistencia de la obligación de reconocer pensión de sobreviviente; ii) imposibilidad de aplicar una ley retroactivamente en materia laboral y de seguridad social; iii) falta de causa para demandar; iv) prescripción, v) compensación, vi) inexistencia de la mora y buena fe de la entidad; vii) inexistencia de la obligación de reconocer perjuicios materiales y morales; viii) inexistencia de la obligación de reconocer indemnización sustitutiva o devolución de saldos; y ix) inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios.

#### **1.4 La sentencia apelada<sup>10</sup>**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 24 de julio de 2014 declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandante; negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Como fundamentos expuso los argumentos que se resumen a continuación:

Afirmó el A quo que, el señor Luís Eduardo García Orozco laboró para las Empresas Varias de Medellín E.S.P., entre los años 1967 a 1984 cuando presentó renuncia a su cargo y que según el Registro Civil de Defunción proveniente de la Notaría Cuarta del Círculo de Medellín, falleció el 6 de julio de 1991, es decir, que ambas situaciones acaecieron antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Señaló que en un caso similar al aquí planteado<sup>11</sup>, se consideró que como la Ley 100 de 1993, regulaba de manera más favorable la situación para el actor, se debía aplicar el principio de favorabilidad retroactivamente, tal y como lo había ordenado el Consejo de Estado en algunas sentencias<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Folio 284 del expediente.

<sup>11</sup> Sentencia del 06 de junio de 2013, Magistrado Ponente JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ, radicación número 05001-23-33-000-2012-00166-00.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 11 de abril de 2002, Radicación No. 25000-23-25-000-1999-6571-01(3106-00), Actor: Fabio José Liévano Liévano, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Sin embargo, en un reciente fallo, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>13</sup>, rectificó la posición antes adoptada y precisó que no hay lugar a la aplicación de la favorabilidad y retrospectividad, ya 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.

Afirmó que en razón de lo anterior, la señora María Doris Marín de García no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en 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 a saber la Ley 12 de 1975, la que exigía 20 años de servicios y 55 años de edad y, como el señor Luís Eduardo García Orozco no cumplió estos requisitos, no era viable su reconocimiento.

### **1.5 El recurso de apelación<sup>14</sup>**

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con base en los argumentos que se resumen a continuación:

El apoderado de la demandante señaló que, el A quo desconoció los principios de favorabilidad y retroactividad de las normas laborales, pues pese a que la Ley 100 de 1993 no estaba vigente para la fecha de la muerte de su esposo, el señor Luís Eduardo García, ésta debía aplicarse de preferencia en la medida en que contiene requisitos menos escritos para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, tal como en repetidas sentencias lo ha sostenido el Consejo de Estado<sup>15</sup>.

---

Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 29 de abril de 2010, Radicación No. 25000-23-25-000-2008-00832-01(0548-09), Actor: Eulalia Guerrero de Orjuela. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 12 de mayo de 2011, Radicación No.05001-23-31-000-2004-0549201(2711-08), Actor: Luz Mary Bedoya, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en \_ providencia del primero de noviembre de dos mil doce, Consejero Ponente DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, sentencia de 25 de abril de 2013, Radicación No. 76001233100020070161101 (1605-09), Actora: María Emiisen Larrahondo Molina.

<sup>14</sup> Ver folios 295 a 298 del expediente.

<sup>15</sup> Para los efectos el apoderado de la demandante, citó las sentencias de 11 de Abril de 2002, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla; de 29 de Abril de 2010, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez y de 11 de Mayo de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Afirmó que, el Tribunal Administrativo en el fallo acusado al aplicar la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado establecida en la sentencia de 25 abril de 2013, violó el derecho a la igualdad de la demandante en la medida en que, antes del cambio jurisprudencial a otros ciudadanos en situación similar si se les aplicó de forma retroactiva de la Ley 100 de 1993 para reconocerles la pensión de sobrevivientes.

## **1.6 Alegatos en segunda instancia**

### **La parte demandada<sup>16</sup>**

El apoderado de las Empresas Varias de Medellín E.S.P., en sus alegatos de conclusión expuso los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, consagra el principio de inescindibilidad de la ley, en virtud del cual la norma que consagre un determinado régimen o una regulación específica en relación con una materia concreta debe aplicarse íntegramente, por lo cual no es de recibo su fragmentación a efectos de recoger de varios estatutos lo más beneficioso de cada uno pretendiendo la conformación de un régimen nuevo a gusto del solicitante.

Afirmó que el 6 de julio de 1991, cuando ocurrió la muerte del esposo de la demandante, el régimen pensional vigente era el consagrado en los Decretos N° 3135 de 1968, N° 1848 de 1969, N° 434 de 1971 y las leyes 33 de 1985 y 71 de 1980, pues la Ley 100 de 1993 aún no había sido expedida. En atención a lo anterior y de conformidad con el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, para que pueda aplicarse el principio de favorabilidad las normas confrontadas deben estar vigentes al acaecimiento del hecho objeto de regulación, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Indicó que en el presente caso no puede darse aplicación a la retrospectividad de la ley 100 de 1993, ya que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión para

---

<sup>16</sup> Ver folio 314 del expediente.

los beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante, mas no una posterior.

Señaló que no es procedente el reconocimiento de los daños y perjuicios reclamados por la demandante, por cuanto no se probó que hubiesen ocurrido con ocasión o causa del actuar de la Empresas Varias de Medellín E.S.P.

### **La parte demandante<sup>17</sup>:**

El apoderado de la demandante solicitó tener como alegatos los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **1.7 Concepto de la Procuraduría<sup>18</sup>**

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, con los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que el señor Luis Eduardo García Orozco, prestó sus servicios a la entidad accionada desde el 25 de octubre de 1967 hasta el 16 de octubre de 1984, esto es por un periodo de 16 años, 11 meses y 9 días, y falleció el 6 de julio de 1991, es decir a la edad de 44 años, por lo cual bajo la previsión de la Ley 6 de 1945 y la Ley 33 de 1985 el causante no completó los requisitos de edad y tiempo de servicios para tener derecho a una pensión y por consiguiente para poder sustituirla a sus beneficiarios.

Indicó que, en las fechas en que el señor Luis Eduardo García Orozco prestó sus servicios a la entidad demandada ni a la fecha de su muerte se había expedido la Ley 100 de 1993 que regula el sistema general de pensiones, en consecuencia no es posible pretender la aplicación retroactiva de una ley que para las entidades del orden nacional entró en vigencia el 1° de abril de 1994 y para las entidades territoriales el 30 de junio de 1995.

---

<sup>17</sup> Ver folio 317 del expediente.

<sup>18</sup> Ver folio 333 del expediente.

Afirmó que la aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 en el presente caso no es procedente como quiera que el artículo 46 de esa norma señala que, para que los beneficiarios del causante tengan derecho a la pensión de sobrevivientes éste debe haber cotizado al sistema general de seguridad social por lo menos veintiséis semanas (26) antes del momento de su muerte, y en este caso si bien se encuentra acreditado que el cónyuge de la demandante cotizó más de 16 años, no se encontraba laborando al momento de fallecer.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1 El problema jurídico**

Consiste en establecer si para efectos de conceder una pensión de sobrevivientes es posible aplicar por favorabilidad y de forma retrospectiva la Ley 100 de 1993, aun hecho acaecido antes de su expedición y entrada en vigencia.

### **2.2. Lo probado en el proceso**

Está probado en el proceso que mediante reclamación administrativa presentada por la señora María Doris Marín de García ante las Empresas Varias de Medellín (folios 34 a 40), se solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes o subsidiariamente una pensión sustitutiva, a cargo de las Empresas Varias de Medellín.

También se acreditó que por oficio de fecha 29 de febrero de 2012 radicado N° 01098 y con radicado interno N° 000384 (fl. 57 y 58), se resolvió la petición de la parte actora remitiéndose a respuestas que se habían ofrecido anteriormente en el sentido de no acceder a la petición.

Igualmente está probado que por oficio de 16 de abril de 2012 radicado No. 02233 con radicado interno No 01036 (fls. 62 y 63), se resuelvo un recurso de reposición en subsidio apelación presentado por la actora contra la decisión anterior, resolviéndose, por parte de la entidad que no es viable reconocer y pagar lo solicitado.

Así mismo se observa que de conformidad con el Oficio 16740 de 2002 suscrito por el Gerente General de Empresas Varias de Medellín, el Señor LUÍS EDUARDO GARCÍA, laboró a los servicios de la entidad por un espacio de 16 años y 251 días (folio 34).

De la misma forma se evidencia que obra a folio 26 del expediente, copia del registro de defunción No. 426724 de la Notaría Cuarta del Circulo de Medellín, en el que se observa que el señor LUÍS EDUARDO GARCÍA OROZCO falleció el día 06 de julio de 1991.

Mediante Registro de Matrimonio, se observa que la accionante contrajo matrimonio con el señor Luís Eduardo García Orozco, el día 03 de septiembre de 1966 (fl. 182).

En dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia, Doctor Alberto Álzate Yepes (fl. 183 a 195), se establece que el grado de afectación de la paciente, frente a los hechos que se han descrito en la demanda es "SEVERA DIFICULTAD - 4 -", e indica que la paciente necesita de forma inminente tratamiento psiquiátrico.

## **2.3 Análisis de la Sala**

Previo a la resolución del problema jurídico, la Sala expondrá la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes su desarrollo jurisprudencial y la tesis vigente del Consejo de Estado frente a los principios de favorabilidad y destructividad de la Ley 100 de 1993.

### **2.3.1. Marco legal de la pensión de sobrevivientes**

Dado que el asunto en debate trata sobre la sustitución pensional y/o pensión de sobrevivientes se hace necesario exponer su regulación legal.

El régimen general pensional previsto en el Decreto 3135 de 1968, estableció el derecho a una pensión de jubilación para los empleados públicos que hubiesen servido durante 20 años y cumplieran, en el caso de los hombres, la edad de 55 años, así:

**“ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. 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 o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.**

*No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la Ley determine expresamente.” (Subraya y resalta la Sala.)*

Por su parte, el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, estableció la edad o el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, así:

Artículo 68º.- *Derecho a la pensión.* Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.

En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, y 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969 consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento. Así señalan las normas en comento:

Decreto 3135 de 1968.

Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores. (...)

Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.

Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Artículo 80. Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el Artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal. (...)

Artículo 92. Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973<sup>19</sup>, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del sector público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

*“Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.** (...)*

*Paragrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, **les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.**” (Se resalta)*

Luego, la Ley 12 de 1975 sólo exigió que el trabajador o empleado hubiera completado el tiempo de servicio, de manera que si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional.

---

<sup>19</sup> Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.

*“Artículo 1° El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, **tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas.**”*  
(Se resalta)

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, amparando con tal medida el derecho de la familia del empleado que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, la cual al consagrar el Sistema General de Pensiones derogó tácitamente<sup>20</sup> la Ley 12 de 1975. Esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328/01.

“Derogación de la norma acusada y estudio de los cargos del demandante.

2- La norma acusada hace parte de la Ley 113 de 1985, que adiciona la Ley 12 de 1975, que regula ciertos aspectos de la llamada pensión de sobrevivientes. Ahora bien, la Ley 100 de 1993, que es norma posterior, creó el sistema general de seguridad general, y en su libro primero establece el régimen general de pensiones. Específicamente, ese libro primero regula integralmente la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media (artículos 46 y ss) como en el de ahorro individual (arts 73 y ss). Así, las normas sobre el régimen de prima media señalan al respecto:

Por su parte, los artículos 73 y ss de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3° de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3° de la ley 153 de 1887 dice que se estima “insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (subrayas no originales).

La Corte Suprema de Justicia, en su momento, y esta Corte Constitucional han reconocido, en numerosas ocasiones, ese efecto derogatorio de la ley posterior que regula integralmente un tema. Así, la Corte Suprema - Sala Plena-en múltiples pronunciamientos reiteró que el ejercicio de la facultad legislativa consistente en expedir códigos, estatutos orgánicos o regímenes legales integrales implica la derogación de las normas incorporadas a éstos para integrar un solo cuerpo normativo<sup>20</sup>, tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional<sup>20</sup>.

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte<sup>20</sup>. Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda.”

régimen de prima media con prestación definida<sup>21</sup> como en el de ahorro individual<sup>22</sup>, señalando que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el afiliado que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiseises (26) semanas, en ese momento, o habiendo dejado de cotizar, hubiera efectuado aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior.

De no darse las condiciones expuestas para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en los artículos 49 y 78 de la ley 100 de 1993 se creó para el régimen solidario de prima media con prestación definida la Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, y para el régimen de ahorro individual con solidaridad la devolución de fondos según la cual los beneficiarios del afiliado tienen derecho a recibir la totalidad del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a éste hubiera lugar.

## “TÍTULO II

Régimen solidario de prima media con prestación definida

(...)

### CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

Artículo. 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley.

## TÍTULO III

Régimen de ahorro individual con solidaridad

(...)

### CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

---

<sup>21</sup> Artículos 49 a 49 de la ley 100 de 1993

<sup>22</sup> Artículos 73 a 78 de la ley 100 de 1993

(...)

Artículo. 78.-Devolución de saldos. Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensionad, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensionad si a éste hubiera lugar.”.

En conclusión se tiene que el sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la ley 100 de 1993; Por tanto, en la actualidad en vez de la sustitución pensional rige la pensión de sobrevivientes contemplada dentro del Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes.

### **2.3.2. Marco jurisprudencial sobre la pensión la pensión de sobrevivientes**

El Consejo de Estado mediante sentencia de 29 de abril de 2010<sup>23</sup>, 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, con 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 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.

---

<sup>23</sup> 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.

Este criterio jurisprudencial fue ratificado por esta Corporación mediante sentencia de 1º de noviembre 1º de 2012<sup>24</sup>, 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, y mediante sentencia del 7 de febrero de 2013<sup>25</sup>, 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:

*“...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.*

*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. (...)*

---

<sup>24</sup> 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”.

<sup>25</sup> 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 050012331000200801384 01 (0998-2012).

*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<sup>26</sup>, el 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 sobreviviente, 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, pero también dijo, 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 pretense causante, específicamente señaló:

*“...La jurisprudencia de esta Corporación<sup>27</sup> 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*

---

<sup>26</sup> 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)

<sup>27</sup> Ver, entre otras, las sentencias 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).

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 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:*

**“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994.”**

*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 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 anterior<sup>28</sup>, 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.”*

---

<sup>28</sup> Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

### **2.3.3. Caso concreto**

De lo probado en el proceso así como del marco legal y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes desarrollado en esta providencia, es claro entonces, que la norma aplicable para definir los derechos pensionales de la actora, es la vigente al momento de la ocurrencia del fallecimiento del causante.

Ahora bien dado que la la muerte del señor Luís Eduardo García Orozco, cónyuge de la demandante, acaeció el 6 de julio de 1991, 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 y para el nivel territorial el 30 de junio de 1995, la normatividad aplicable al caso es la Ley 12 de 1975, en concordancia con los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Conforme a lo anterior, es evidente que la señora María Doris Marín de García no tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes consagrada en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que las expectativas prestacionales causadas con la muerte de su esposo se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, cuyos requisitos de tiempo de servicios no se colmaron, en la medida en que laboró menos de 20 años al servicio de la demandada.

En ese orden también se observa que, de conformidad con el marco jurídico aplicable expuesto previamente en esta providencia, las figuras de la indemnización sustitutiva y de la devolución de saldos se establecieron en el ordenamiento jurídico con el sistema de seguridad social integral, específicamente en los artículos 49 y 66 de la Ley 100 de 1993, y no el régimen pensional anterior aplicable al cónyuge de la demandante.

Así las cosas atendiendo al principio a los principios de no retroactividad de las leyes y de inescindibilidad del régimen pensional, no es posible tomar, para el caso de la demandante, de los dos regímenes que regulan la pensión de sobrevivientes lo más conveniente, a saber la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, para crear un tercer tercero a que se ajuste a las pretensiones de la demandante.

En relación con los mencionados principios, así se ha referido el Consejo de Estado, en su Jurisprudencia:

“La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. En ese orden de ideas, se reitera, que en virtud de que la demandante prestó sus servicios durante más de 10 años en la Contraloría General de la República, su situación pensional se debe regir por los mandatos del Decreto 929 de 1976. En efecto, como las situaciones fácticas que rodearon a la actora se encuentran amparadas en el Decreto 929 de 1976, por ser más favorable, no es posible tomar los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 para determinar el ingreso base de liquidación, como lo pretende la entidad demandada, porque al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, en virtud del cual, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho, para tomar de cada una de ellas sus aspectos más favorables.”<sup>29</sup>.

Adicionalmente debe resaltar la Sala que, aceptar las mencionadas pretensiones subsidiarias de la demandante, presentaría un vacío factico insalvable para la aplicación la aplicación de la Ley 100 de 1993 que establecen la devolución de los aportes, pues esta figura solo está consagrada para el régimen de ahorro individual con solidaridad y para la época en que el demandante prestó sus servicios a la demandada esta modalidad no existía. Además, para el tiempo en el que el cónyuge de la demandante laboró, como empleado público, no se hacían aportes a ninguna caja, y de la misma forma no se efectuaban descuentos para pensión, era la entidad a la que el prestaba el servicio la encargada de pensionarlo, una vez el trabajador acreditara los requisitos.

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación N° : 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11).

En este orden por las razones que anteceden, el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda merece ser confirmado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **III. FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia del 24 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora María Doris Marín de García contra las Empresas Varias de Medellín - E.S.P.

**Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.**

**La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**