



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 05001-23-33-000-2013-01759-01 (3601-2015)
Demandante: MARÍA ELSY HINCAPIÉ VIUDA DE URREA
Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL,
POLICÍA NACIONAL

Tema: Reconocimiento pensión de sobreviviente con base en aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-250-2019

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folio 18)

1. Que se declare la nulidad del Oficio S-2012-052628 DIPON del 29 de febrero de 2012, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente conforme a la Ley 100 de 1993, así como el pago de los valores dejados de percibir por dicho concepto, a favor de la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea, quien actuó en calidad de cónyuge supérstite del causante Gilberto de Jesús Urrea Porras.
2. Que como consecuencia de esta declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer, pagar y reajustar desde el 1.º de diciembre de 1972, una pensión de

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



sobreviviente a favor de la demandante, liquidada con las respectivas partidas computables que devengó su cónyuge y que habrían conformado su asignación de retiro; así como la cancelación de los intereses moratorios exigibles y la actualización monetaria sobre las sumas objeto de la condena.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 18 vuelto a 20)

1. El señor Gilberto de Jesús Urrea Porras ingresó a la Policía Nacional y se desempeñó como agente en Bogotá D.C; ciudad que fue su última unidad de trabajo.
2. La señora María Elsy Hincapié de Urrea es la cónyuge del referido causante, quienes conformaron una familia dentro de la cual concibieron a sus hijos: Alex Bernardo Urrea Hincapié y Nebio de Jesús Urrea Hincapié.
3. El señor Urrea Porras falleció el 1.º de diciembre de 1972, luego de que la entidad demandada lo hubiera retirado del servicio por mala conducta el 30 de noviembre del mismo año.
4. La libelista radicó petición ante la entidad demandada el 3 de abril de 2012, por medio de la cual solicitó ser reconocida como beneficiaria de una pensión de sobreviviente con motivo de la muerte de su cónyuge, esto en aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y del principio de favorabilidad. De igual modo instó que le fueran reconocidas todas las prestaciones dejadas de percibir en razón del mentado pago, con el fin de reajustarlo y actualizarlo desde la fecha del deceso del causante.
5. La entidad demandada resolvió de manera negativa la aludida petición a través del Oficio S-2012-052628 DIPON del 29 de febrero de 2012 al asegurar que el retiro de la institución del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras, tuvo lugar el 30 de noviembre de 1972, es decir, antes de la fecha de su deceso, con un tiempo acumulado de 11 años, 8 meses y 17 días, por lo que no cumplía con los requisitos contemplados normativamente para acceder a su solicitud.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de fijar el objeto del proceso y de la prueba². En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso,

² (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.



en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

En la presente actuación a folio 101 vuelto del expediente y en CD obrante a folio 104 *idem*, se indicó puntualmente en lo que respecta a esta etapa de excepciones previas que: «no se propusieron».

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En la audiencia inicial a folio 101 vuelto del expediente y en CD obrante a folio 104 *idem*, se observa que el litigio fue fijado con base en la siguiente proposición jurídica: «[...] El problema jurídico consiste en determinar si la demandante, en calidad de cónyuge del señor GILBERTO DE JESÚS URREA HINCAPIÉ, quien laboró al servicio de la Policía Nacional, siendo retirado del servicio el 30 de noviembre de 1972 y falleciendo el día 1° de diciembre de 1972, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, en aplicación retrospectiva de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 [...]» (Mayúsculas del texto original).

SENTENCIA APELADA (Folios 107 a 114)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 25 de junio de 2015, por medio de la cual negó las pretensiones de la demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal inicialmente manifestó que en materia prestacional, los integrantes de la Fuerza Pública para la época de la muerte del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras, tenían un régimen especial contenido en el Decreto 2340 de 1971, el cual en su artículo 74 preveía que los beneficiarios de los agentes de policía que en servicio activo o en goce de su asignación de retiro falléieran, tendrían derecho a recibir durante 3 meses los haberes de la actividad o la propia pensión del causante, pero en ningún aparte contempló que serían acreedores de una pensión de sobreviviente.

Seguidamente adujo que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2013, rectificó la posición adoptada inicialmente sobre la aplicación retrospectiva de la ley en materia laboral y en virtud del principio de favorabilidad, al punto de precisar que otrora en cuanto a la sustitución pensional, efectivamente se tenía en cuenta una ley nueva o posterior a los hechos acaecidos antes de su vigencia, sin embargo se indicó que actualmente no se ajusta a derecho dicho presupuesto, en la medida en que la normativa que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

³ (2012). Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

⁴ (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.



Planteó además que con base en el antecedente jurisprudencial en comento, era adecuado afirmar que el régimen jurídico aplicable al caso del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras para la época de su fallecimiento, correspondía al del Decreto 2340 de 1971, el cual no consagraba para los beneficiarios del causante una pensión de sobreviviente, sino solo que ante la muerte de un agente de policía que falleciera en servicio activo o que recibiera una asignación de retiro, aquellos tendrían derecho a que se les cancelara por 3 meses los haberes de dicha actividad o de la propia pensión.

Aseguró en consecuencia de lo anterior, que no resultaba adecuado dar aplicación al principio de favorabilidad en el caso concreto, pues la Ley 100 de 1993 sobre la cual la demandante funda sus pretensiones, entró a regir a partir del 1.º de abril de 1994, es decir, con posterioridad al fallecimiento de su causante.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume en su parte resolutive así: i) negó las pretensiones de la demanda; y, ii) condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 117 a 183)

La parte demandante formuló recurso de apelación en contra de la decisión reseñada anteriormente y solicitó que ésta sea revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, al argumentar que en cuanto a la sustitución pensional objeto del litigio, el *a quo* desconoció todos los precedentes relacionados con la aplicación retrospectiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, de tal forma que se desvirtuó la relevancia del bloque de constitucionalidad propio de las normas vigentes desde la Constitución Política de 1991, tales como serían la precitada legislación y la Ley 797 de 2003, así como de las diferentes sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que respaldan esta posición.

A continuación precisó que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, contempla la posibilidad de que cualquier trabajador pida la aplicación de la norma general si existen razones de favorabilidad para hacerlo, tal como afirma que es su caso, por cuanto si bien los agentes de la Policía Nacional están regidos por el Decreto 1313 de 1990, esta norma comparada con el actual régimen resulta ser inequitativa y discriminatoria en tanto la regulación especial exigía 12 años de servicio con el fin de acceder al derecho de la pensión de sobreviviente, mientras que la normativa aplicable al día de hoy solo requiere 26 semanas de cotización.

En cuanto a la condena en costas fijada por el tribunal de primera instancia, señaló que difiere de ésta en tanto se inadvirtió el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado sobre el particular, más aún cuando dicha carga solo procede en la medida en que la actuación de la parte vencida no se hubiera ajustado a derecho, sino que implique un abuso de aquel, lo cual no aconteció debido a que no se vislumbra temeridad o mala fe en su actuar, si se tiene en cuenta que no pretendió dilatar el proceso, no se presentó falta de colaboración con lo solicitado por el tribunal ni se interpuso la demanda de manera temeraria sino en razón de los abundantes pronunciamientos que respaldaban su posición.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (Folios 202 a 222): Reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia, y sobre el punto reprodujo la mayoría de los argumentos esbozados en la demanda y en el recurso de apelación, aunado a la referencia sobre ciertas sentencias adicionales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, sobre las cuales aseguró que existe una línea jurisprudencial análoga al caso concreto, específicamente en punto a la retrospectividad de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003; aspecto que constituye el objeto del litigio.

Parte demandada (Folios 231 a 238): Del sentir de su escrito se infiere que en realidad ésta deprecó que se confirme la sentencia de primera instancia y no que se revoque, bajo el entendido de que el caso del causante de la demandante se rige por una normativa especial contenida en el Decreto 2340 de 1971, el cual contempla que los agentes de policía que fueran retirados del servicio activo después de 15 años por orden de la Dirección General de la Institución en razón de la comprobación de mala conducta, tendrían derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual; requisitos que aseguró no cumplía el señor Urrea Porras.

De igual forma aseguró que los derechos prestacionales derivados de la muerte del cónyuge de la demandante se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que permite inferir que no es viable el fenómeno de la retrospectividad, porque el derecho se encontraba configurado en ese momento, de tal forma que la aplicación de la mentada figura iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley.

El Ministerio Público guardó silencio según constancia visible a folio 239.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Debe reconocerse una pensión de sobreviviente con base en la aplicación retrospectiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a favor de la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea en calidad de cónyuge superstite del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras?
2. ¿Era procedente la condena en costas de primera instancia impuesta a la demandante?



Primer problema jurídico

¿Debe reconocerse una pensión de sobreviviente con base en la aplicación retrospectiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a favor de la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea en calidad de cónyuge supérstite del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: No debe ordenarse el reconocimiento de la pensión de sobreviviente deprecada por la demandante, en la medida en que para el caso concreto, resulta improcedente la aplicación de la figura de la retrospectividad de la Ley 100 de 1993, pese a haber invocado el principio de la favorabilidad en materia laboral, aunado al hecho de que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos normativos en orden de que aquella fuera considerada titular del mentado derecho, tal como se expone a continuación:

- **Sobre la figura de la retrospectividad de la ley y el principio de favorabilidad**

En primer lugar es necesario definir con exactitud la noción de retrospectividad, y de igual forma diferenciarla de la retroactividad, por cuanto, en efecto, existen elementos particulares en cada caso que implican una solución jurídica disímil ante un asunto similar en litigio.

Al respecto es válido recordar *ab initio* que, la Ley 153 de 1887 contempló el principio de la irretroactividad de la ley como una regla general sobre los efectos temporales de las normas, entendida además como una garantía de protección del derecho a la seguridad jurídica, pues comporta un fenómeno que impide la aplicación de leyes posteriores a las situaciones de hecho o de derecho que se hubiesen consolidado en vigencia de una norma anterior regulatoria de la misma materia, en razón de unas condiciones o exigencias claras que se fijaron en su época de efectividad, al punto de producir efectos en concreto desde ese preciso momento o lapso de vigor.⁵

Ahora bien, la mentada regla ostenta una serie de excepciones relativas a los efectos que se derivan del ordenamiento jurídico en el tiempo, y esto obedece a que existen eventos en los que las circunstancias particulares de cada caso hacen imperioso que se determine cuál es el marco normativo a aplicar, debido a ciertos factores paralelos a la expedición de una ley que tornan confusa la forma de resolver una situación particular, principalmente por respeto y prevalencia de principios como la igualdad y la favorabilidad, o bien por la incertidumbre sobre la concreción o no de un derecho o de un hecho jurídico en un tiempo específico.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia T-564 del 3 de septiembre de 2015, dentro del expediente T-4.919.041, indicó lo siguiente a manera de sinopsis:

«[...] La Sala considera relevante destacar que, en principio, las leyes y, en general, las normas que componen el ordenamiento jurídico solo rigen para los actos, hechos o situaciones de derecho que se constituyen con

⁵ Tal como lo desarrolla con amplitud la Corte Constitucional en Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001; expediente: D-3191.



posterioridad a su entrada en vigencia y, por ello, solo por excepción pueden ser aplicadas en el tiempo de manera diferente, a través de las siguientes figuras:

- **Retro-actividad:** en principio, se configura cuando una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual *"en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable"*.
- **Ultra-actividad:** consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada.

Adicionalmente, se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, esta es, la **retrospectividad**. En relación con esta figura, se ha indicado que ella 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 siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.[...]» (Negrilla y cursiva del texto original).

Bajo el contexto jurisprudencial transcrito, es claro que la retrospectividad de la ley corresponde a una figura a través de la cual es posible resolver una situación jurídica específica en aplicación de los enunciados propios de una norma cuya vigencia es posterior a la de aquella que la regulaba en su momento, pero que en todo caso no logró consolidarse o configurarse en dicha oportunidad, por lo que permaneció en suspenso y sin definición concreta, al punto de ser necesario que la nueva ley se convierta en el fundamento jurídico del hecho o del derecho cuyos efectos se busca materializar.

Contrario a lo expuesto, la retroactividad se entiende como la figura por medio de la cual se aplica de manera preferente una norma posterior sobre una anterior con el fin de definir una situación jurídica determinada, cuya concreción tuvo lugar bajo la égida de esta última, es decir, que fue debidamente consolidada; esto siempre y cuando la propia norma lo



manifieste de manera taxativa a título de excepción a la regla constitucional de la irretroactividad.

En este entendido y al examinar el asunto *sub iudice*, se infiere claramente que la situación jurídica a contrastar normativamente con el fin de determinar su consolidación o no, y si es así, saber cuándo ocurrió; es el efecto que produjo para la demandante el deceso del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras (quien en vida fue su cónyuge⁶ y se desempeñó como agente al servicio de la Policía Nacional⁷), como en términos de derechos prestacionales podría ser el solicitado en su libelo a título de pensión de sobreviviente.

Desde esta línea de intelección y en orden de abordar el *quid* del asunto, es imperioso precisar que la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en sentencia de unificación del 25 de abril de 2013⁸, por medio de la cual se planteó lo siguiente:

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

[...]

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

⁶ Según partida de matrimonio católico expedida por la Diócesis de Girardota, visible a folio 11.

⁷ Según extracto de la historia laboral del causante que reposa de folios 77 a 78.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de abril de 2013. Radicado: 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09). Demandante: María Emilsen Larrahondo Molina. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.



Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1° de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

Así las cosas, si bien en un comienzo esta Colegiatura, 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 rectificadas 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.[...]

Como se extrae de lo transcrito con antelación, es evidente que existe una postura jurisprudencial unificada para resolver asuntos como el particular cuya definición judicial se encuentra pendiente, razón por la cual al día de hoy carecen de fundamento los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso de apelación, en el que solicita la aplicación preferente de las anteriores decisiones del Consejo de Estado que avalaban sus pretensiones, en tanto éstas han sido subrogadas por la actual posición jurídica, que en efecto tiene carácter preponderante en clave de precedente de obligatoria observancia, habida cuenta de que rectifica e impone la interpretación normativa más ajustada a derecho frente a casos como el presente.

De esta forma, se advierte que en atención a que el señor Gilberto de Jesús Urrea Porras falleció el 1.° de diciembre de 1972, esto es, después de haber sido desvinculado de la Policía Nacional por mala conducta según Resolución 07951 de 1972 (visible a folio 80), a partir del 30 de noviembre del mismo año; cualquier derecho o situación jurídica a favor de sus beneficiarios (en este caso de su cónyuge actualmente demandante), debía ceñirse a la norma vigente para el momento del referido deceso según la sentencia de unificación en comento, la cual para el *sub lite*, en efecto correspondía al Decreto 2340 de 1971, tal como lo indicó el *a quo*.

Con base en este postulado, es claro que para la época de los hechos sí existía una normativa vigente que regulaba la materia específica de los derechos derivados de la muerte de un agente de la Policía Nacional, de tal suerte que cualquier situación jurídica que se hubiera desprendido de aquella regulación se tuvo que consolidar o definir en razón de ésta, y por lo tanto, conforme a lo esgrimido con anterioridad, tal planteamiento no se acompañaría con la esencia de la figura de la retrospectividad (como lo pretende la parte demandante), al no tratarse de un hecho o una prerrogativa pendiente de concreción a la entrada en vigor de una ley posterior a la que regía el asunto en particular.

No obstante esta aseveración, se observa que tampoco es viable en el asunto de marras la aplicación de la figura de la retroactividad (que sí podría surtir efectos para situaciones jurídicas consolidadas como la de la libelista),



habida cuenta de que, en primer lugar, la Ley 100 de 1993 cuya aplicación deprecá la señora María Elsy Hincapié, no previó expresamente y de manera excepcional la observancia de su articulado en cuanto a la pensión de sobreviviente para eventos configurados con anterioridad a su vigencia, aunado al hecho de que con absoluta claridad se señaló en el artículo 279 *ibídem*, que el personal de la Policía Nacional estaría exceptuado de su regulación debido a su régimen especial justificado y respaldado constitucionalmente en virtud de su actividad diferenciadora de los demás trabajadores particulares y servidores públicos.

Ahora, la parte demandante adujo en su recurso de apelación, que el principio de favorabilidad era el fundamento válido para la aplicación retrospectiva (que en principio debió asumirse como retroactiva), del artículo 46 la Ley 100 de 1993, por cuanto dicha norma contemplaba menos tiempo de cotización requerido para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

Empero, el mentado principio tampoco halla la entidad suficiente para que se pueda acceder a lo pretendido, porque éste es válido desde el ámbito laboral para los casos en los que exista hesitación o duda entre dos o más normas vigentes (o bien una derogada y una en vigor), que regulan un mismo asunto, o entre las diferentes interpretaciones de una sola de ellas, al punto de ser necesario determinar cuál de todas brinda la condición más beneficiosa para el empleado en garantía de los principios *pro homine* y *pro operario*, derivados del «bloque de constitucionalidad» en virtud de los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia en cuanto a prerrogativas laborales se refiere⁹.

Pues bien, en el *sub examine* no se estima que se haya configurado el principio de favorabilidad en estricto sentido validado desde la perspectiva de la condición más beneficiosa, esto por las siguientes razones:

i) Se reitera en primer lugar que no existe duda frente a la norma que le era aplicable a la demandante como beneficiaria del cónyuge fallecido (quien laboró en la Policía Nacional), por cuanto es palmario que su situación jurídica se definió conforme el Decreto 2340 de 1971, vigente para la fecha del deceso del causante, más aún cuando la Ley 100 de 1993 no surtió efectos jurídicos sino solo 23 años después de aquel lamentable suceso, al punto de resultar impreciso asegurar que se presentó un conflicto normativo respecto de un asunto idéntico, pues las aludidas normas no estaban vigentes al mismo tiempo, ni la posterior derogó a la anterior, y adicionalmente la figura de la pensión de sobreviviente no había sido prevista en el ordenamiento preliminar al del régimen general, a fin de realizar un ejercicio comparativo en clave de verificación de la condición más beneficiosa.

ii) Si bien la referida prestación en el sistema general de pensiones fue creada con posterioridad a la normativa aplicable en su oportunidad al caso de la demandante, no por ese solo hecho puede afirmarse que en razón de conveniencia pueda ser reformada una situación jurídica debidamente

⁹ Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias T-350 del 15 de mayo de 2012, en el expediente T-3.234.661; y T-730 del 26 de septiembre de 2014, en el expediente T- 4.318.396.



consolidada, toda vez que la observancia de un régimen posterior al que una parte solicita apartarse fundamentado en el principio de favorabilidad, solo encuentra respaldo en la medida en que el derecho o el hecho en discusión esté pendiente de resolución efectiva o materialización cuando entra en vigor la nueva norma y ésta es considerablemente más favorable a los intereses del beneficiario¹⁰, lo cual no se configuró en el asunto de marras como se expuso anteriormente.

- **Del cumplimiento de requisitos para acceder al derecho pretendido conforme a la norma aplicable**

Una vez validado el hecho de que para el caso de la demandante no resultaba aplicable el régimen general de la Ley 100 de 1993 de manera retrospectiva ni retroactiva como lo pretendía en su libelo introductor, también es dable dilucidar si en efecto aquella era titular o no de un derecho prestacional asimilable a la sustitución pensional o a la pensión de sobreviviente, conforme los postulados de la norma vigente al momento del fallecimiento de su cónyuge, esto es, el Decreto 2340 de 1971 «Por el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional».

Al respecto se observa que en efecto el señor Gilberto de Jesús Urrea Porras se desempeñó como agente de la Policía Nacional entre el 1.º de febrero de 1965 (fecha de ingreso como agente alumno), hasta el 30 de noviembre de 1972, fecha a partir de la cual fue retirado de manera definitiva del servicio por mala conducta comprobada, tal como se infiere del extracto de historia laboral expedido por la Secretaría General de la entidad que obra de folios 77 a 78 del expediente, así como de la Resolución 07951 del 7 de diciembre de 1972 que reposa a folio 80 ídem.

En virtud de lo anterior, es decir, de su retiro absoluto por configuración de la causal de mala conducta comprobada, prevista en el artículo 36, literal b), numeral 2 del Decreto 2340 de 1971, esta misma norma contemplaba en su Capítulo II, una serie de prestaciones derivadas de dicha situación jurídica, tales como el auxilio de cesantía y la asignación de retiro. Sobre esta última el artículo 55 *ibídem* preceptuó lo siguiente:

«**Artículo 55. Asignación de retiro.** Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, por incapacidad psicofísica, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o por solicitud propia después de veinte (20) años, tendrán derecho a partir de la fecha que termine los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retira se les pague una asignación, mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 52 de este Estatuto por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15), sin que el total sobrepase el ochenta y cinco por ciento (85 %).»

¹⁰ Tal como se precisó en sentencia del 1.º de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en el proceso con número interno 3713-2014, cuando se indicó que: «A manera de corolario, 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 21 de agosto de 1977 (fecha de la muerte del extinto agente Luis Darío Betancourt Betancourt), cuando no estaba en vigor la Ley 100 de 1993, es imposible aplicar retrospectivamente el contenido de esta.»



Luego de verificar el caso del señor Urrea Porras se encontró que éste prestó su servicio a la Policía Nacional por un lapso de 11 años, 8 meses y 17 días¹¹, lo cual de entrada implica que aquel no reunió el tiempo laboral requerido normativamente para que le fuera reconocida la mentada asignación de retiro¹²; sin embargo sí le fue otorgado el respectivo auxilio de cesantía de que trataba el canon 54 *ibídem*¹³, tal como se extrae del respectivo formato de liquidación obrante a folio 85 del plenario.

De igual forma se corroboró que el 1.º de diciembre de 1972, el cónyuge de la demandante falleció¹⁴; situación que acaeció un día después de la consolidación de su retiro absoluto y definitivo del servicio como agente de la institución policial, y que por lo tanto implicaba que su deceso no podía ser calificado bajo ninguno de los siguientes supuestos: muerte en actos extraordinarios o meritorios del servicio, muerte en misión del servicio, muerte simplemente en actividad y mucho menos muerte en goce de asignación de retiro como lo preveían los artículos 78 a 81 de la norma *ejusdem*, por lo que estos preceptos no le eran aplicables a la libelista para determinar las prestaciones a las que eventualmente habría tenido derecho como cónyuge superviviente.

En este entendido, se infiere que las únicas acreencias de las que era titular la demandante como beneficiaria de su esposo a raíz de su fallecimiento por fuera del servicio, eran el auxilio de cesantía y las demás prestaciones unitarias que hubiese devengado el ex agente antes de su retiro definitivo, esto en virtud de lo preceptuado en el artículo 52 de la norma en comento que rezaba en su tenor literal que: «[...] A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así: a. Cesantía y demás prestaciones unitarias: sueldo básico; prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente y una doceava parte de la prima de Navidad.».

Al margen de esta situación, debe tenerse en cuenta además que en lo referente a las prestaciones derivadas de la muerte de un agente en goce de una asignación de retiro, el artículo 81 del decreto precitado señaló lo siguiente:

«Artículo 81. Muerte en goce de asignación de retiro o Pensión. A partir de la vigencia del presente Decreto, a la muerte un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional o por el Tesoro Público, equivalente en todo caso a las dos terceras (2/3) partes de la prestación que venía gozando el causante.

¹¹ Según tabla de tiempo de servicio reportada en la liquidación del auxilio de cesantía obrante a folio 85.

¹² Tiempo equivalente a 15 años de servicio al servicio de la institución según el artículo 55 del Decreto 2340 de 1971.

¹³ «Artículo 54. Cesantía. A partir de la vigencia de este Estatuto, el Agente de la Policía Nacional que sea retirado, o se retire del servicio activo por cualquier causa, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague por una sola vez, un auxilio de cesantía igual a un (1) mes de los haberes correspondientes a su condición por cada año de servicio o fracción de seis (6) meses o más, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 52 y a las indemnizaciones que por incapacidad le puedan corresponder liquidadas igualmente conforme al artículo 52 de este Decreto.»

¹⁴ De conformidad con el registro civil de defunción del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras, visible a folio 8 del plenario.



Así mismo tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada.

Parágrafo 1º. Los beneficiarios de los Agentes fallecidos que a la vigencia del presente Decreto se encuentren en goce de la pensión de que trata el Artículo 78 del Decreto Ley 3187 de 1968 tendrán derecho a los beneficios del presente Artículo en el orden y proporción establecidos en este Estatuto.

Parágrafo 2º El Gobierno establecerá tarifas variables mínimas para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional.»

Sobre el punto referido, se observa que a través de Resolución ilegible de fecha 9 de abril de 1975 (visible de folios 86 a 87), la Dirección General de la Policía Nacional reconoció a favor de la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea en representación propia y de sus hijos, un auxilio de cesantía *post mortem* equivalente al guarismo obtenido en la liquidación que reposa a folio 85 del expediente, y que se acompaña con el formato de liquidación de indemnización por muerte y cesantía que obra de folios 83 a 84 *idem*; lo cual permite deducir que con motivo del deceso de su causante, la libelista efectivamente devengó sendas prestaciones que correspondían a las que la norma vigente al momento del suceso contemplaba.

Epítome de lo expuesto, se hace patente que la situación jurídica de la demandante con ocasión de la muerte de su cónyuge (quien estuvo vinculado al servicio de la Policía Nacional), sí se consolidó o se configuró de manera definitiva en virtud de la norma vigente a la fecha del deceso de su causante, esto es, conforme el Decreto 2340 de 1971, tanto así que aquella recibió lo que por concepto de prestaciones le correspondía en derivación de los derechos de un ex agente sin goce de una asignación de retiro, debido a que éste no logró acreditar el lleno de las exigencias para acceder a dicha prestación, y por ende a lo que ésta comportaba para el cónyuge superviviente, como habría sido eventualmente una suerte de pensión de sobreviviente que en su oportunidad desarrollaba el artículo 81 *ibidem*.

En conclusión: no es procedente reconocer a favor de la demandante y con motivo del deceso de su cónyuge (quien se desempeñó como agente de la Policía Nacional), una pensión de sobreviviente con base en la aplicación retrospectiva o retroactiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se demostró que la señora María Elsy Hincapié, sí tuvo una situación jurídica consolidada al momento de la muerte del señor Gilberto de Jesús Urrea Porras en vigencia del Decreto 2340 de 1971 aplicable en esa época para este tipo de acontecimientos, y por consiguiente la entrada en vigor del régimen general mucho después de aquella fecha, no implicaba transferir sus efectos para modificar dicha situación creada, más aún cuando la Policía Nacional retiró del servicio de manera definitiva al causante de la libelista antes de que le fuera reconocida una asignación de retiro, en adición a que éste no satisfizo los requisitos de tiempo para percibirla.

Segundo problema jurídico

¿Era procedente la condena en costas de primera instancia impuesta a la demandante?



La Sala sostendrá la tesis relativa a que en efecto debía imponerse condena en costas de primera instancia a la parte demandante al resultar vencida en la actuación, con fundamento en la siguiente consideración:

Esta subsección en providencia con ponencia de este Despacho¹⁵ sentó posición sobre la condena en comento en vigencia del CPACA, y en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «*resolverá*» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará en atención a la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que

¹⁵ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁶ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Radicado: 05001-23-33-000-2013-01759-01 (3601-2015)
Demandante: María Elsy Hincapié Viuda de Urrea

tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público¹⁷.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad. Se observa que en el presente caso el *a quo* condenó en costas a la parte vencida, es decir a la parte demandante.

Ahora, en el presente asunto se promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, en este sentido, la parte demandante resultó vencida, pues en primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda, por lo tanto, no es de recibo el argumento de la parte apelante según el cual no procedía la condena en costas porque actuó de buena fe y sin temeridad.

En conclusión: Sí resultaba procedente la condena en costas de primera instancia, puesto que ésta se efectuó en aplicación al artículo 365 del Código General del Proceso y el Acuerdo 1887 de 2003, es decir que se ordenó en atención a que la nulidisciente fue vencida en el proceso, pues no prosperaron las pretensiones de su demanda, sin que sea necesario y muchos menos relevante como quedó estudiado en precedencia, verificar si la parte actuó de mala fe o con temeridad, ni validar jurisprudencia anterior a los lineamientos que sobre el particular y en vigencia del CPACA se han esbozado actualmente por parte del Consejo de Estado.

Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia impugnada en cuanto a la negación de reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de la demandante y en lo relativo a la condena en costas, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas en esta instancia

Conforme a las consideraciones expuestas en el acápite anterior, se condenará en costas a la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea, en la medida que conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CPACA, resulta vencida en esta instancia y la parte demandada intervino en sede de apelación. Las costas tendrán que ser liquidadas por el *a quo* conforme al artículo 366 del CGP.

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

¹⁷ Regula la norma lo siguiente: "[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...].»



Radicado: 05001-23-33-000-2013-01759-01 (3601-2015)
Demandante: Marla Elsy Hincapié Viuda de Urrea

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 25 de junio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora María Elsy Hincapié Viuda de Urrea contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

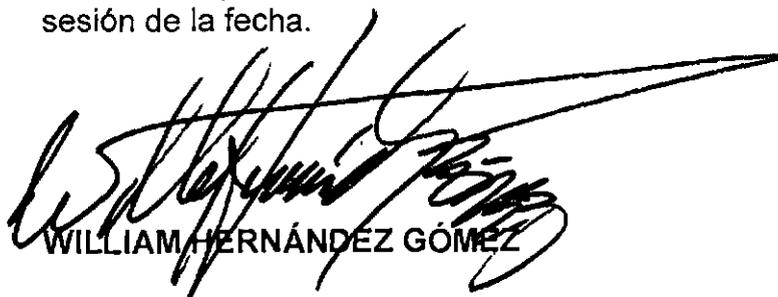
Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Se reconoce personería adjetiva a la abogada Claudia Alexandra Herrera Galvis identificada con cédula de ciudadanía n.º 40.410.294 y tarjeta profesional 109.283 del Consejo Superior de la Judicatura, para que ejerza como apoderada la representación judicial de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, en virtud del memorial que obra a folio 223 del plenario.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ