



4

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., primero (1.º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente: 17001-23-33-000-2013-00604-01 (3713-2014)
Demandante: **Libia Eucaris Arias Muñoz**
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional
Tema: Reconocimiento pensión de sobrevivientes

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda (ff. 29 a 34). La señora Libia Eucaris Arias Muñoz, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. La actora pide (i) la anulación del acto ficto que se configuró por el silencio que guardó la demandada a la petición de 10 de octubre de 2012, que pretendía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite del fallecido agente Luis Darío Betancourt Betancourt; (ii) a título de restablecimiento del derecho, se le reconozca con retroactividad, la mesadas de la pensión de sobrevivientes, desde el 21 de agosto de 1977, fecha del deceso su de esposo; (iii) que las



sumas adeudadas se actualicen con base en el índice de precios al consumidor (IPC) y (iv) se reconozcan intereses conforme lo dispone el CPACA.

1.1.2 Fundamentos fácticos. Relata que (i) su cónyuge, el agente Luis Darío Betancourt Betancourt, falleció el 21 de agosto de 1977, su muerte fue calificada como muerte en simple actividad; (iii) el *de cujus* prestó sus servicios a la demandada por un total de 14 años, 7 meses y 19 días; (iv) mediante Resolución 3551 de 16 de junio de 1978, se reconoció en su favor la indemnización por muerte y cesantías definitivas; y (iv) el 10 de octubre de 2012 pidió de la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que le fue negada con el silencio que guardó la demandada.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 58 y 43 de la Constitución Política, los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, 4433 de 2004 y las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; además de la reiterada jurisprudencia sobre la materia.

En esencia, motiva el concepto de violación en la infracción a normas superiores, toda vez que la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, ha señalado que cuando la norma especial es menos beneficiosa que la general, se debe aplicar esta última. En tal virtud, el régimen general de seguridad social, contenido en la Ley 100 de 1993, exige para acceder a la pensión de sobrevivientes una cotización mínima de 26 semanas, al momento de la muerte, o en caso de haberse dejado de cotizar, que se hayan realizado en el año anterior a aquella. En cambio, el artículo 83 (letra c) del Decreto 609 de 1997 concede en el caso de «muerte simplemente en actividad» una «pensión mensual» si el agente hubiere cumplido 15 años o más de servicios, asimismo, los artículos 84 (letra c) del Decreto 2963 de 1984, 119 (letra c) del Decreto 97 de 1989 y 121 (letra c) del Decreto 1213 de 1990, que solicita se inapliquen.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 72 a 78). La entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que no hay lugar al reconocimiento



y pago de dicha pensión a la cónyuge supérstite del señor Betancourt Betancourt, habida cuenta que el policial no consolidó el tiempo requerido para que sus beneficiarios accedieran a ella, dado que al momento de su fallecimiento lo cobijaba el régimen especial consagrado en el Decreto 609 de 1977, que regulaba la carrera de agentes de la Policía Nacional y requería de mínimo 15 años de servicio.

Arguye que a la accionante se le reconocieron las prestaciones sociales por muerte, en su condición de cónyuge supérstite del causante, y que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 los miembros de las fuerzas militares y de Policía Nacional están excluidos del sistema integral de seguridad social en ella contenido.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia de 4 de julio de 2014 (ff. 102 a 107), negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la accionante.

En síntesis, con apoyo en la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado de 25 de abril de 2013¹, negó lo pedido, puesto que la norma vigente que regulaba el régimen especial para los agentes de la Policía Nacional, al momento de fallecer el señor Luis Darío Betancourt Betancourt, era el Decreto 609 de 1977 y no se acreditaron 15 años de servicio exigidos para obtener la pensión mensual para su beneficiara, ya que su servicio activo fue de 14 años, 7 meses y 19 días; tampoco es posible aplicar, con base en el principio de favorabilidad, retrospectivamente las Leyes 100 de 1993 y 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, comoquiera que el causante falleció antes de la entrada en vigor de las referidas normas.

¹ Radicado 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-2009), M. P. Luis Rafael Vergara Quintero.



III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora, inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación (ff. 124 a 159), en el que reitera lo expuesto en la demanda e insiste en que se inaplique la sentencia de unificación de 25 de abril de 2013, porque con ella se viola el principio de la confianza legítima, respecto de la jurisprudencia de la misma Corporación y de la Corte Constitucional, además de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso e igualdad. Pide que se inaplique la exigencia de los 15 años que prevé la letra c del artículo 83 del Decreto 609 de 1977, para considerar la norma más favorable como legítima actividad interpretativa del funcionario judicial. Solicita se revoque la condena en costas.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la actora fue concedido en auto de 4 de agosto de 2014 (f. 161), y se admitió por proveído de 20 de octubre siguiente (f. 170); y, después, en providencia de 19 de febrero de 2015, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 178), oportunidad aprovechada las primeras; el agente fiscal guardó silencio.

4.1 La accionada (ff. 192 a 201). Aduce que la muerte del señor agente Luis Darío Betancourt Betancourt ocurrió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, es decir, su situación ya estaba consolidada bajo los presupuestos del Decreto 609 de 1977, por lo que no pueden aplicarse los principios de favorabilidad e irretroactividad de la ley, pues el régimen prestacional y pensional para sus beneficiarios es el vigente para la época de los hechos; y, por ende, deben negarse las pretensiones de la demanda.

4.21 La parte demandante (ff. 202 a 217). Reitera los argumentos expuestos tanto en la demanda como en el recurso de apelación, de aplicar la norma más



favorable para que se le reconozca la pensión de sobrevivientes. Alude que la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año determinaron condiciones prestacionales más favorables por muerte en servicio activo (en simple actividad), ya que en el artículo 29, letra c, de este último, exige «[...] entre 1 año y menos de 15 años de aportes para que sus deudos se les asigne una pensión de sobrevivientes del 40% de las partidas computables. En este caso el causante hizo aportes por 380 semanas, más de 7 años de servicios».

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Se contrae a determinar si a la demandante, en condición de cónyuge supérstite del finado agente de la Policía Nacional, Luis Darío Betancourt Betancourt, le asiste razón jurídica o no para reclamar de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el régimen general dispuesto en la Ley 100 de 1993 y/o Ley 923 de 2004, en armonía con el Decreto 4433 del mismo año, en aplicación de los principios de favorabilidad y retrospectividad.

5.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Sea lo primero precisar que, dentro de un sistema integral de protección del derecho a la seguridad social, en pensión, la inclusión del riesgo por muerte se



configura en uno de sus pilares fundamentales, cuyo objeto no es otro que el de amparar a los beneficiarios de un afiliado o pensionado, de tal forma que la ocurrencia de su muerte no implique, además, la pérdida de los recursos con los que su grupo familiar se sostenía en condiciones dignas.

En efecto, la Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», reguló lo concerniente a la pensión de sobrevivientes así:

ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; [...].

Tal disposición fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003², en el sentido de indicar que accederían a la pensión por muerte «[...] Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento».

De lo anterior se colige que, con el régimen general de pensiones, los beneficiarios del afiliado al sistema que fallezca tendrán derecho a la mencionada pensión de sobrevivientes siempre que aquel hubiere cotizado, de acuerdo con la modificación introducida por la referida Ley 797 de 2003, 50 semanas durante los tres años precedentes a la muerte.

Por su parte, el artículo 279 de la aludida Ley 100 de 1993 estableció excepciones en cuanto al personal que sería cobijado por esta, en los

² «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales».



siguientes términos:

El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares **y de la Policía Nacional**, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

[...] (destaca la Sala).

De igual modo, en lo referente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la mencionada ley, prescribió:

ARTICULO. 288. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley.

En este orden de ideas, la regulación contenida en la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable a los miembros de la Policía Nacional, entre otros servidores, por cuanto expresamente su artículo 279 los excluyó del sistema general de seguridad social. Sin embargo, de conformidad con lo señalado en el artículo 288 de esa misma obra, tales empleados públicos se podrán acoger a los mandatos allí contenidos, en atención al principio de favorabilidad.

Por otro lado, el artículo 151 de la citada Ley 100 de 1993 preceptúa que «El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1.º de abril de 1994...», por lo que las únicas situaciones jurídicas que pueden ser resueltas, en virtud de la citada normativa bajo el principio de favorabilidad, son las que se consoliden a partir de su entrada en vigor.

Asimismo, comoquiera que, como se dejó anotado, los miembros de la Policía Nacional gozan de un régimen especial de pensiones³, por lo que si la norma

³ Al respecto véase el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.



especial que lo rige⁴ contempla mayores requisitos, para acceder a dicha prestación, que los determinados en el régimen general de seguridad social, en principio, los beneficiarios de los agentes de la Policía Nacional estarían amparados por los preceptos favorables de la Ley 100 de 1993, empero, ello solo es viable en la medida en que el derecho pensional se haya producido a partir de su vigencia (1.º de abril de 1994), según lo prescrito en el artículo 151 de dicha ley.

No obstante, la Sala examina la aplicación **retrospectiva** de la mencionada Ley 100 de 1993, en razón a que es el aspecto medular al que se contrae la demanda.

En primer lugar, la honorable Corte Constitucional, en sentencia T-110 de 22 de febrero de 2011⁵, definió la retrospectividad de la Ley de la siguiente manera:

El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su

⁴ Para el caso de los agentes, entre otras, los Decretos 609 de 1977, 2063 de 1984, 97 de 1999, 1213 de 1990 y 4433 de 2004.

⁵ Reiterado por la Corte Constitucional, en fallo C-068 de 2013, cuando indicó que «[...] » la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran».



vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica [...].

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación acogió el criterio según el cual sí era posible que la Ley 100 de 1993 fuese retrospectiva para cobijar las expectativas legítimas de agentes fallecidos con anterioridad a su entrada en vigor así:

De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

[...]

Ahora, 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,⁶ 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.⁷

[...]

Se descarta por ende en el sub examine una aplicación retroactiva de la Ley por cuanto ello sucedería si la Ley nueva estuviera entrando a regular situaciones consolidadas de pleno derecho bajo un ordenamiento anterior cobrando efectos respecto del hecho jurídico desde el momento de su consumación; muy al contrario, la retrospectividad en materia laboral implica la aplicación de un ordenamiento nuevo y favorable a partir de la fecha de su vigencia a un hecho jurídico acaecido con anterioridad, en este caso, la aplicación de una Ley favorable en materia de sustitución pensional a favor de la actora -Ley 12 de 1975- a un hecho jurídico ocurrido previamente -como lo fue el fallecimiento del Agente José Celedonio Orjuela Álvarez el 6 de octubre

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencias de 11 de abril de 2002, 13 de febrero de 2003 y 5 de mayo de 2005, radicados 3106-00, 1251-02 y 2436-04, respectivamente.

⁷ Corte Constitucional, sentencias T 355-95, C 444-97 y T 439-00.



de 1970-, con efectos jurídicos a partir de su entrada en vigencia, esto es, a partir del 29 de enero de 1975[...]⁸.

Sin embargo, el anterior derrotero jurisprudencial fue rectificado por la sección segunda de esta Corporación, en sentencia de 25 de abril de 2013⁹, en la que estimó:

La jurisprudencia de esta Corporación¹⁰ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 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.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 29 de abril de 2010, radicado 25000-23-25-000-2007-00832-01(0548-09).

⁹ Proferida en el expediente 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09), con ponencia del entonces consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias de 7 octubre de 2010, radicado 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); 18 de febrero de 2010, radicado 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); y 16 de abril de 2009, radicado 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).



adoptada en sentencias de abril 29 de 2010¹¹ y noviembre 1º de 2012¹², 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.º 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.

Por otra parte, destaca la Sala que la Corte Constitucional, en la sentencia T-116 de 2016, revisó los fallos de tutela proferidos por esta Corporación, en una situación fáctica similar a la *sub judice*, e hizo referencia a sus propias decisiones contenidas en los fallos T-891 de 2011¹³, T-072 de 2012¹⁴ y T-587A de 2012¹⁵, en las que apoyó el precedente de esta Corporación vigente para esas fechas, en torno a la posibilidad de aplicar de manera retrospectiva la ley de seguridad social actual para resolver solicitudes pensionales de

¹¹ Radicado 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09), decisión 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.

¹² Expediente 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 entonces consejero de Estado 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».

¹³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ M.P. Adriana María Guillén Arango.



sobrevivientes relativas a causantes que fallecieron antes de 1991¹⁶, pero precisó que en la sentencia T-564 de 2015¹⁷, tuvo en cuenta la rectificación de jurisprudencia efectuada el 25 de abril de 2013, por este órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en el sentido de entender que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante¹⁸, sin embargo, pese al precedente resulta necesario que se verifique en cada caso el grado de afectación de los sistemas pensionales preconstitucionales, lo que conlleva examinar la normativa especial aplicable a la situación concreta frente a las generales también existentes para esos momentos.

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

5.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia.

En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

¹⁶ Al considerar, la Corte Constitucional en ese momento, que tal postura era acorde con los principios constitucionales de equidad, justicia material e igualdad.

¹⁷ M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Señaló la Corte Constitucional que «[...] una postura como la inicialmente adoptada por el Consejo de Estado y actualmente sostenida por la Corte Constitucional, tal y como se propuso en la sentencia T-587A de 2012, desconoce la naturaleza de lo que es la aplicación retrospectiva de una norma, en cuanto omite tener en cuenta en su argumentación el elemento que puede tildarse de definitorio de esta figura, esto es, la ausencia de consolidación definitiva de la situación jurídica».



- a) Registro civil de matrimonio del finado agente Luis Darío Betancourt Betancourt y la accionante, en el que consta que su matrimonio fue celebrado el 27 de febrero de 1975 (f. 31).
- b) Copia auténtica de registro civil de defunción, de 22 de agosto de 1977, de la Notaría Tercera de Manizales, que da cuenta de la muerte del causante Luis Darío Betancourt Betancourt el 21 de los mismos mes y año (f. 34).
- c) Hoja de servicios del extinto agente Luis Darío Betancourt Betancourt, según la cual prestó sus servicios a la Policía Nacional durante 14 años, 7 meses y 19 días (ff. 13 a 19).
- d) Resolución 3551 de 16 de junio de 1978, proferida por el director de la Policía Nacional, mediante la cual se reconoció a la actora indemnización por muerte y cesantía definitiva con ocasión del fallecimiento del extinto señor Luis Darío Betancourt Betancourt (f. 11, 12, 21 y 22).
- e) Copia de escrito de 10 de octubre de 2012 de la accionante, por medio de apoderado, en el que pide del director de la Policía Nacional, área de prestaciones económicas, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (ff. 4 a 10).

De las pruebas enunciadas, se desprende que el finado agente de la Policía Luis Darío Betancourt Betancourt (i) contrajo matrimonio con la accionante el 27 de febrero de 1975, (ii) laboró durante catorce (14) años, siete (7) meses y diecinueve (19) días en la mencionada institución policial y (iii) murió el 21 de agosto de 1977, en simple actividad del servicio¹⁹.

¹⁹ El retiro por muerte en simple actividad del servicio fue aceptado por la demandada en la contestación visible en folio 75 y en la audiencia inicial celebrada el 4 de julio de 2014 (ff. 95 a 98), por lo que la prestación se regula por el artículo 83 del Decreto 609 de 1977.



Como el derecho pensional por muerte se causa a partir de la fecha del fallecimiento, la norma que rige la prestación por muerte en actividad (pensión de sobrevivientes) es la que se encontraba en vigor para tal fecha, por lo que en atención a que el deceso del agente Luis Darío Betancourt Betancourt sucedió el 21 de agosto de 1977, en el presente asunto la disposición aplicable es el Decreto 609 de 15 de marzo de 1977.

En consecuencia, comoquiera que el artículo 82 (letra c) del referido Decreto 609 de 1977 prescribía como requisito para acceder a la prestación de sobrevivientes que el agente hubiere cumplido quince (15) años o más de servicios, la actora no tiene derecho al reconocimiento pensional, ya que el causante solo trabajó durante catorce (14) años, siete (7) meses y diecinueve (19) días, esto es, no cumplió la exigencia de tiempo de servicios establecida en dicho precepto.

De igual modo, aunque la demandante fundamenta su pretensión en la retrospectividad de la Ley 100 de 1993, ello no es posible en el *sub lite* pues, como se dejó anotado, la postura adoptada por esta Corporación es diáfana al considerar que tal normativa no puede cobijar las situaciones jurídicas de los agentes que hayan fallecido con anterioridad a su vigencia, las que ya se encuentran consolidadas bajo la disposición en vigor para ese lamentable acontecimiento, para el asunto *sub examine* el Decreto 609 de 1977.

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 especial²⁰, 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

²⁰ Artículo 288 de la Ley 100 de 1993.



agente Luis Darío Betancourt Betancourt), cuando no estaba en vigor la Ley 100 de 1993,²¹ es imposible aplicar retrospectivamente el contenido de esta.

Asimismo, se extiende dicho criterio jurisprudencial frente a la Ley 923 y el Decreto 4433, ambos de 2004, en el entendido que son normas expedidas 27 años después de la muerte del agente Betancourt Betancourt, las que tampoco son susceptibles de tener en cuenta dada las restricciones al principio de favorabilidad con base en la retrospectividad de la ley, ya señaladas, además de recordar que la condición más beneficiosa, «se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora²²»²³, que no es el caso de la demandante.

Por otra parte, ante el deceso de su cónyuge, a la peticionaria, de conformidad con la normativa vigente, le fue reconocida la indemnización por muerte y auxilio de cesantías, es decir, obtuvo para sí lo que legalmente le correspondía bajo la norma aplicable, por lo que no existió desmedro de sus derechos económicos.

Desde otro punto de vista, entre la muerte del causante (21 de agosto de 1977) y la petición del reconocimiento pensional a la demandada (10 de octubre de 2002) han transcurrido más de 35 años, lo que desvirtúa que la negativa del reconocimiento de la prestación genere una afectación actual y grave a sus derechos constitucionales fundamentales²⁴, que permita a la Sala inaplicar el

²¹ Artículo 151 ibídem.

²² Sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

²³ Ver sentencia T-730 de 2014 de la Corte Constitucional, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, que cita apartes del fallo de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral de 9 de julio de 2008, radicado 30581 M. P. Luis Javier López Osorio, acerca de la favorabilidad como la condición más beneficiosa para el trabajador y/ sus beneficiarios.

²⁴ Definió la Corte Constitucional en su sentencia T-411 de 2011 que la teleología de la pensión de sobrevivientes es servir de «[...] mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducida en ese momento en una mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia».



régimen legal del cual se benefició en su oportunidad y que en concreto no resulta inconstitucional.

Por otro lado, frente a las normas generales aplicables para el 21 de agosto de 1977 a otros servidores públicos, la Ley 33 de 1973²⁵ señalaba en su artículo 1.º que «[...] fallecido un trabajador 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», y el artículo 1.º de la Ley 12 de 1975²⁶ estipulaba que «[...] 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 éste 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».

A su vez, el artículo 17 (letra b) de la Ley 6ª de 1945 estableció la pensión vitalicia de jubilación «[...] cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión», y el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 determinó que «[...] el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario

²⁵ Por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas.

²⁶ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.



promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».

De acuerdo con lo expuesto, la Sala colige que el extinto agente Luis Darío Betancourt Betancourt prestó sus servicios para la Policía Nacional por catorce (14) años, siete (7) meses y diecinueve (19) días, por lo que (i) no colmó los requisitos del artículo 83 (letra c) del referido Decreto 609 de 1977 para acceder al reconocimiento pensional que requería de acreditar quince (15) años o más de servicios; (ii) laboró por menos del tiempo de servicio exigido para la pensión de jubilación de los servidores públicos de la época; (iii) ante el deceso de su cónyuge, a la peticionaria, de conformidad con la normativa vigente, le fue reconocida la indemnización por muerte y auxilio de cesantías; y (iv) no se pueden utilizar retrospectivamente las Leyes 100 de 1993 y 923 de 2004, ni el Decreto 4433 de 2004, en materia de pensión de sobrevivientes de agentes de la Policía Nacional fallecidos antes de sus entradas en vigor, y, en consecuencia, la presunción de legalidad del acto administrativo demandado continúa incólume.

Finalmente, en lo que hace a la condena en costas, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se observa que en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas se aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365²⁷ del Código General del Proceso (CGP), por remisión expresa del artículo 188²⁸ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), al considerarse que «la Sala condenará en costas a

²⁷ «En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...].»

²⁸ «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».



la parte demandante, extremo procesal vencido en el *sub lite*», pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que pudo incurrir la demandante, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016 ²⁹ así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. 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.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se

²⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Con fundamento en lo que precede, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues esa imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el Tribunal Administrativo de Caldas; y, por lo tanto, se revocará dicha condena.

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

Por último, comoquiera que la abogada de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional sustituyó el poder a ella conferido (f. 218), se procederá reconocerle personería al profesional del derecho destinatario de dicha sustitución.

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,



FALLA:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 4 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora Libia Eucaris Arias Muñoz contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Revócase el ordinal 2.º de la parte decisoria del fallo apelado, que condenó en costas, que incluye las agencias en derecho, a la parte demandante.

3.º Reconócese personería al abogado Belfide Garrido Bermúdez, identificado con cédula de ciudadanía 11.799.998 y tarjeta profesional 202.112 del C.S. de la J., para representar a la entidad demandada en los términos de la sustitución de poder.

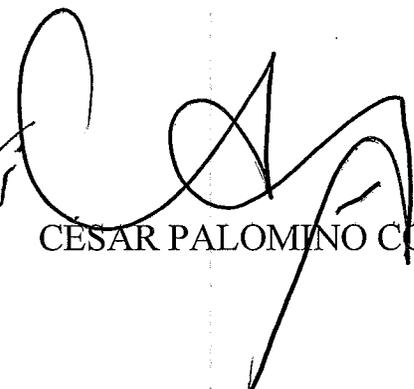
4.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉLLER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CESAR PALOMINO CORTÉS