

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)

EXPEDIENTE N° 6800112333000 201200398 01 (0566-2014)

ACTOR: MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ

DEMANDADO: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER)

ASUNTO: RECONOCIMIENTO PENSION DE SOBREVIVIENTES

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 17 de febrero de 2015 para resolver sobre el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demandante.

A N T E C E D E N T E S

La señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ, a través de apoderado y ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, acudió a instaurar

demanda contra el Municipio de Rionegro (Santander) con la finalidad de que en la sentencia se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 019 de 30 de enero de 2012 y de la Resolución 101 de 11 de julio de 2012 expedidas por el MUNICIPIO DE RIONEGRO, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la Pensión de Sobrevivientes; como consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de esa pensión a la demandante señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ, desde el 23 de febrero de 1992 fecha del fallecimiento del esposo (fl. 57).

HECHOS

Dice la demanda que el señor HERMES MORENO INFANTE laboró con el Municipio de Rionegro (Santander), en la Secretaría de Obras Públicas desde el 1º de abril de 1985 hasta el 23 de febrero de 1992. Se casó con la señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ.

Informó que el señor HERMES MORENO INFANTE falleció el 23 de febrero de 1992, según registro de defunción expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro. Agregó que para esa fecha hacía vida marital con la señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ, y vivían en la calle 8 No 7-34 del citado municipio. Que después de la muerte del señor Moreno, no ha contraído nuevas nupcias y menos ha hecho vida marital con persona alguna.

Manifestó que el 23 de junio de 2009, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público informó que al ser revisados los archivos se constató que al señor HERMES MORENO INFANTE se le efectuaron los descuentos de ley, empero no aparece afiliado a ningún fondo.

Afirmó la demandante que tiene derecho a recibir la pensión de sobrevivientes en calidad de esposa del señor Moreno, derecho que se genera desde el fallecimiento del citado señor.

Señaló que de acuerdo con la constancia de tiempo de servicio, el señor HERMES MORENO INFANTE laboró al servicio del Municipio de Rionegro por más de 7 años completando el mínimo de semanas cotizadas, sobre un salario de \$156.400. Agregó que el citado señor cotizó mucho más del mínimo tiempo requerido y por tanto la demandante tiene derecho a recibir la pensión.

Indicó que la normatividad vigente para la fecha del fallecimiento del citado señor establece que la pensión de sobrevivientes se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado. Por tanto, el municipio demandado debe reconocer la pensión de sobrevivientes y las demás prestaciones dejadas de pagar desde la generación del derecho hasta la fecha.

Que por lo anterior el 12 de septiembre de 2011 presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al señor Alcalde del Municipio de Rionegro y la liquidación de la prestación desde la fecha de fallecimiento del señor Moreno ocurrida el 23 de febrero de 1992, y a través de los actos acusados se negó el derecho, no sin antes haber instaurado una

acción de tutela para obtener respuesta al recurso de reposición que se interpuso contra la resolución que negó la pensión.

Argumentó que mediante el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo No 049 de 1º de febrero de 1990, se establece en el capítulo V, artículo 25 la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, cuando el fallecimiento del asegurado no es de origen profesional (fl 53).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Las normas citadas como violadas son las siguientes: el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 13 de la Constitución Política; el artículo 1º del Decreto 758 de 1990 en los artículos 6º, 25 y 26; la Ley 33 de 1973, en los artículos 1º, 2º y 3º; la Ley 12 de 1975, en su artículo 1º, y la Ley 33 de 1985.

El concepto de la violación se circunscribe a señalar que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al tenor de lo dispuesto por las normas que se han mencionado y al principio de favorabilidad; además, se dice que los actos acusados fueron expedidos en forma irregular y con desviación de poder (fls. 58 a 64).

OPOSICION A LA DEMANDA

El municipio de Rionegro – Santander, se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual afirmó que no se le debe nada por concepto de pensión de sobrevivientes porque ninguna norma vigente para la época de

los hechos amparaba el derecho que ahora se reclama; y que de existir, éste se encuentra prescrito, lo que no quiere decir que se reconoce lo pretendido.

Precisó que la Ley 100 de 1993 comenzó a regir después del fallecimiento del señor HERMES MORENO INFANTE, lo que ocurrió el 23 de febrero de 1992 y aquélla rige en los entes territoriales desde el 30 de junio de 1995. Por tanto se debe estudiar la normatividad anterior.

Manifestó que la Ley 33 de 1985 señaló en el artículo 1º, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, es decir, 20 años de servicio, 55 de edad y un monto del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Que de acuerdo con el parágrafo 2º para los empleados oficiales que a la fecha de la citada ley hubiesen cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio se continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Señaló que el supuesto de la jubilación está en dos hechos: primero cumplir 20 años continuos o no de servicio; y segundo la edad de 55 años. Que en cuanto al servicio se acreditó que laboró para el municipio demandado desde el 1º de abril de 1985 hasta el 22 de febrero de 1992, es decir, por menos tiempo del requerido en la ley.

Aclaró que el reconocimiento y sustitución de una posible pensión de invalidez para la época del fallecimiento del señor Moreno, era el Decreto 1848 de 1969, de acuerdo con los artículos 27, 28, 60; en donde se encuentran los eventos para el reconocimiento de la pensión: enfermedad no profesional, profesional o de accidente de trabajo. Que descartados los eventos de enfermedad profesional o la profesional, le incumbe a la actora

demostrar que el hecho de la muerte se debió a un accidente de trabajo, lo cual, dice, no está demostrado.

Afirmó que de las leyes y decretos vigentes para el 23 de febrero de 1992, fecha de la muerte del causante, no se puede prever una sustitución pensional, pues, está muy lejos de los supuestos de la Ley 33 de 1985.

Anotó que la demanda se sustenta en el Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo No 049 de 1990, el cual se aplica a los trabajadores particulares y a los trabajadores oficiales que se hubiesen sido afiliados al Seguro Social y cotizado para el sistema de invalidez, vejez y muerte; que para los empleados públicos de los niveles nacional y territorial que no tengan régimen especial de pensión, se aplica la Ley 33 de 1985.

Enfatizó que para la fecha del fallecimiento del esposo de la demandante, 23 de febrero de 1992, no se avizoraba discusión alguna sobre la Ley 100 de 1993 en el Congreso.

En síntesis, el municipio de Rionegro, a través del apoderado constituido se apone a las pretensiones porque no existe norma que proteja el hecho de la muerte del esposo de la actora cuando no se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley para el reconocimiento de la sustitución pensional pretendida en este caso (fl. 86 a 106).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander manifestó que el señor HERMES MORENO INFANTES falleció el 23 de febrero de 1992 a causa de un trauma

craneoencefálico, según el certificado de defunción y que no se probó que la muerte hubiese ocurrido por accidente de trabajo.

Manifestó que de acuerdo con la fecha de fallecimiento, la norma vigente para el reconocimiento de pensiones era la Ley 33 de 1985; y que la demandante solicita la aplicación del Decreto 758 de 1990 también vigente para el momento del fallecimiento del señor Moreno.

Aludió a la sentencia del Consejo de Estado de 1º de marzo de 2001, que se refirió al principio de favorabilidad¹ así: “...en aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor del juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador...”.

Señaló que la demandante solicitó la aplicación del Decreto 758 de 1990, en cuanto en el artículo 25, regula la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, el cual estipula que cuando la muerte del asegurado es de origen no profesional hay lugar a la pensión en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común; y, b) Cuando el asegurado fallecido estuviere

¹ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, Expediente No 485-00. 1º de marzo de 2001.

disfrutando o tenga causados el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.

Indicó que el artículo 26 del mismo decreto determina que la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos allí establecidos, y se reconoce a partir de la fecha de fallecimiento del asegurado o pensionado.

Argumentó que del material probatorio y conforme al decreto citado, no existe prueba sobre la condiciones de la muerte del señor Moreno Infante. Que igualmente revisado el expediente obra el documento en donde se afirma que se efectuaron descuentos para salud pero que no aparece afiliación ni cancelación a ningún fondo de salud ni pensiones durante su vinculación con el municipio demandado durante el período 1º de abril de 1985 y el 23 de febrero de 1992; y que si bien se acreditó que laboró 6 años, 10 meses y 22 días, lo que en principio lo haría acreedor de la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común tal prestación solo era dable para quienes fueran afiliados obligatorios al ISS, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 758 de 1990. Agregó que tampoco se probó que al momento del deceso del señor Moreno Infante estuviese disfrutando pensión de invalidez o de vejez.

Concluyó el a quo que no le asiste el derecho a la demandante para que se le reconozca la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común según el Decreto 758 de 1990 y de acuerdo con el principio de favorabilidad, ya que no solo no cumple los requisitos para el efecto sino porque hay una disyuntiva en la interpretación de esa normatividad y que tampoco se puede aplicar la Ley 33 de 1985 (fl. 335 a 342).

EL RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Santander para lo cual manifestó que está probado que el señor HERMES MORENO INFANTE laboró de manera ininterrumpida con el Municipio de Rionegro (Santander), en la Secretaría de Obras Públicas, desde el 1º de abril de 1985 y el 23 de febrero de 1992; que igualmente se probó que contrajo matrimonio con la demandante por el rito católico y que el señor Moreno Infante murió el 23 de febrero de 1993. En sentir de la demandante con estos hechos es claro que le asiste el derecho para que se reconozca la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de favorabilidad y de igualdad.

Señaló que existiendo en el marco jurídico colombiano tres normas que podían ser aplicadas al caso, el Tribunal decidió aplicar la más gravosa como es la Ley 33 de 1985, es decir, la menos favorable al caso; que no se estudiaron las dos causales de nulidad invocadas, no se tuvieron en cuenta todos los preceptos legales ni la violación al principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral, que se debe tener en cuenta toda la ley laboral que se aplique al caso concreto y que se olvidó estudiar la Ley 100 de 1993 para establecer si esta es más favorable al caso de la demandante.

Enfatizó que el tribunal no hizo un análisis ni explicó por qué no hay violación al principio de favorabilidad ni a la igualdad; lo cual en su sentir consiste en que la demanda solicita un beneficio para acceder a la pensión de sobrevivientes a favor de los afiliados al ISS creado con el Decreto 758 de 1990 que reduce el número de semanas cotizadas del trabajador fallecido exigido por la Ley 33 de 1985. Que ese beneficio debe ser aplicado a todos los trabajadores de la época, independiente de la afiliación al ISS, pues, dice,

que ante la Constitución estos afiliados no pueden estar en superior jerarquía al resto de trabajadores.

Precisó que el Decreto 758 de 1990 no crea un régimen como tal a un grupo de trabajadores de un sector específico sino un beneficio a cualquier trabajador de cualquier sector afiliado al ISS. Agregó que no se analizó la violación al derecho a la igualdad ante la ley, según el artículo 13 de la Constitución Política. Que el tribunal expresó que al señor Moreno no se aplica el Decreto citado simplemente por no estar afiliado a la mencionada entidad, pero que el trasfondo de la violación al derecho a la igualdad radica en esa situación, es decir, su no afiliación; que independientemente de ser aplicado el tribunal no se pronunció sobre al derecho a la igualdad que es el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo la misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales bien sea por las circunstancias concretas que los afectan o por condiciones en medio de las cuales actúan .

Sostuvo que a través del operador judicial se debe velar porque existan la mismas protecciones jurídicas para los hechos basados en las mismas hipótesis, y se preguntó qué diferencia hay entre un trabajador estatal que trabaja casi 7 años al servicio de un municipio y sus aportes no le son pagados al ISS, y otro que trabaja el mismo período pero sus aportes a seguridad social fueron cotizados al ISS; y concluye que no hay diferencia y están bajo la misma hipótesis, y que solo el segundo tiene un beneficio que va en contravía constitucional por romper el principio de igualdad, y que no entiende por qué a los afiliados al ISS se les da ese beneficio.

Dijo que el esquema de pensiones en nuestro país es uno solo, que únicamente se dividió por utilidades prácticas pero que al momento de garantizar los derechos de los afiliados se debe mirar como una unidad y en tal condición las cotizaciones efectuadas por el asegurado deben surtir igual efecto en cualquiera de ellos.

Afirmó que el tribunal tuvo un yerro grave al tener como concurrentes los requisitos del artículo 25 del Decreto 758 de 1990 cuando señaló que el señor Moreno acreditó 6 años, 10 meses y 22 días, no se acreditó que al momento del deceso estuviese disfrutando pensión de invalidez o vejez, por lo que no se cumplen los requisitos de esa normatividad. Que los dos requisitos no son concurrentes y exigirlos así es una mala interpretación de la norma. Agregó que la divergencia que se presenta contra la decisión es de hermenéutica toda vez que las disposiciones aludidas consagran dos hipótesis normativas con diferencias sustanciales y no una como lo dijo el tribunal.

Aludió al artículo 53 de la Constitución Política para referirse al principio de favorabilidad en materia laboral, y que la condición más beneficiosa es la Ley 100 de 1993. Igualmente se refirió a los artículos 228 y 230 ibídem sobre la autonomía e independencia del poder judicial y que los jueces en sus providencias solo se someten al imperio de la ley. Que se debe respetar al principio consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. En sentir del demandante se desconoció el precedente vertical pues no se tuvo en cuenta la retrospectividad del artículo 46 de la ley 100 de 1993.

Citó jurisprudencia relacionada con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y el respeto por el precedente vertical para garantizar la

seguridad jurídica; empero, dice que el precedente no es camisa de fuerza y que el juez puede apartarse si de él cuando de manera razonada justifique su no aplicación.

También citó providencias² relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que se deben aplicar al caso en estudio (fls. 344 a 364 del Cuaderno 1).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Manifestó que teniendo en cuenta los requisitos del Decreto 758 de 1990, en este caso, si bien es cierto que el señor Moreno Infante laboró con el Municipio de Rionegro (Santander), en el período 1º de abril de 1985 a 23 de febrero de 1992, esto es, 328 semanas, también lo es que no está probado a qué fondo de pensiones se encontraba afiliado, por tanto, no se puede acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que de acuerdo con el Decreto 758 de 1990, se contempla solo a los afiliados obligatorios del ISS.

Señaló que respecto de la Ley 33 de 1985, no se encuentran acreditados los requisitos previstos en el artículo 1º, esto es, 20 años de servicio y llegar a la edad de 55 años, ya que el causante solo laboró 6 años, 10 meses y 22 días al servicio del mencionado municipio. En consecuencia, el concepto del ministerio público solicita que se confirme la decisión de primera instancia (fl. 394 a 399).

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; expediente No 0548-09. 29 de abril de 2010.

CONSIDERACIONES

El Problema Jurídico

Conforme a la demanda, a la sentencia de primera instancia y al recurso de apelación, el problema jurídico en este caso se contrae a establecer si la señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ, en su condición de cónyuge del señor HERMES MORENO INFANTE, quien falleciera el 23 de febrero de 1992, tiene derecho a que el Municipio de Rionegro (Santander), le reconozca la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2005, y conforme al Decreto 758 de 1990.

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordará el estudio de los siguientes temas: (i) la normatividad aplicable al caso; (ii) la jurisprudencia relacionada con el tema de la pensión de sobrevivientes y (iii) el caso concreto del causante conforme a la prueba allegada al proceso.

La Normatividad Aplicable

A efectos del análisis de las normas que regulan el reconocimiento de la pensión en general, se procederá en orden cronológico, esto es, a partir de la vigencia de cada una de las normas que la demanda invoca como infringidas, así:

La Ley 33 de 31 de diciembre de 1973, “por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas”, en el artículo 1º regulaba lo siguiente:

“Artículo 1o.- 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”.

El parágrafo 2º de este artículo decía así:

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

Y el artículo 3º de la misma normatividad, consagraba lo siguiente:

“Artículo 3º.- Las viudas y los hijos de que trata la presente disposición, tienen derecho a los reajustes y demás beneficios y obligaciones consagradas por las leyes en favor de los pensionados.

Posteriormente, el 16 de enero de 1975, se expidió la Ley 12, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación”, y al regular lo relacionado con la pensión para el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado público disponía:

“Artículo 1º.- 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”.

Conforme a esta disposición se observa que había reglamentación para el reconocimiento de la pensión en aquellos eventos en los cuales el trabajador no podía cumplir en su totalidad con los requisitos para adquirir la pensión y

se exigía completar el tiempo de servicio señalado en la ley, aunque no la edad. Es decir, podía haber sustitución de la pensión si por lo menos cumplía el requisito del tiempo de servicio.

La Ley 113 de 16 de diciembre de 1985, “por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones”, dijo:

“Artículo 1º.- Para los efectos del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la Ley Colombiana en la fecha de la muerte.

“Parágrafo 1º.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión.

“Parágrafo 2º.- Si se diere el caso previsto por el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, sólo tendrá derecho a la pensión de jubilación el hombre o la mujer con quien la persona muerta contrajo primer matrimonio.

“Artículo 2º.- Se extienden las previsiones del artículo 1 de la Ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

“Artículo 3º.- La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Las normas hasta aquí citadas y transcritas no han señalado cuáles son los requisitos para el reconocimiento de la pensión, y de esa forma determinar el tiempo al que hace alusión el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, los cuales están previstos en el artículo 68 del Decreto No 1848 de 1969, el cual reglamentó el Decreto 3135 de 1968. Dice el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969:

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

Conforme al artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación son la edad del trabajador y el tiempo de servicio en la respectiva entidad, así: hombres 55 años de edad y mujeres 50 años de edad. En relación con el tiempo de servicio dijo que sería de 20 años continuos o discontinuos.

Se expidió luego la Ley 33 de 29 de enero de 1985, “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”. En el artículo 1º dispuso que la pensión de jubilación se adquiría con 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad. Dice la norma:

“Artículo 1º.- 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 promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

Se precisó con la disposición anterior que la edad para la jubilación sería de 55 años de edad y 20 años de servicios. En lo relacionado con el monto de la pensión se estableció que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Posteriormente con la expedición de la Ley 71 de 19 de diciembre de 1988, “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 7º, se señaló:

“Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Es decir, se modificó la edad de jubilación que ya no es de 55 años para el hombre sino 60, y para la mujer no son 50 sino 55 años. El tiempo de servicio continuó en 20 años de aportes que se podían sufragar en cualquier tiempo y ser acumulados en una o varias entidades de previsión social o de aquellas que hicieran sus veces del orden nacional, departamental, municipal, distrital o en el Instituto de Seguros Sociales. Igualmente, se puede sumar tiempos de servicio prestados en el sector público con el privado.

Ahora bien, en vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 100 de 19 de diciembre de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, que de acuerdo con el preámbulo, es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, del cual disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Igualmente, el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

En el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, se señaló el campo de aplicación de esta normatividad, disposición que fue modificada por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, quedando así:

“ARTICULO. 11.- Campo de aplicación. El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

Y en cuanto a la pensión de sobrevivientes, que es el tema que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, se reguló en los artículos 46 y siguientes y en el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, tanto para el régimen de ahorro individual con solidaridad como en el de prima media con prestación definida, así:

“ARTICULO. 46.- Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.- Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley”.

“ARTICULO. 73.-Requisitos y monto. Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la presente ley. ([Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 86 de 2002](#)).

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, fue objeto de modificación por la Ley 797 de 2003, la que en el artículo 12 dispone:

“Artículo 12. El artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones”. (Los literales a y b de este numeral se declararon INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-556](#) de 2009).

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Parágrafo 2°. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1094 de 2003](#). Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.

Artículo declarado EXEQUIBLE condicionadamente por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1094 de 2003](#).

Por otra parte, la demanda hace alusión al Decreto 758 de 11 de abril de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1º de febrero de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. Mediante este acuerdo se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En el artículo 25 este decreto reguló una pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, así:

“Artículo 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

Se precisa que dicho decreto fue expedido antes del 23 de febrero de 1992 día de la muerte del señor HERMES MORENO INFANTE.

Pues bien, realizado lo anterior sobre las normas alusivas al reconocimiento de la pensión, en seguida se procede a revisar lo que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado en lo relativo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicando la retrospectividad del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

La Jurisprudencia

Sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el Consejo de Estado, en sentencia de 16 de abril de 2009, había señalado lo siguiente:

“(…)

1. Régimen general: Sistema de Seguridad Social Integral

El régimen de seguridad social de la generalidad de la población colombiana está regulado por la Ley 100 de 1993 el cual cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte, consagrando pensiones e indemnizaciones sustitutivas para los afiliados y sus beneficiarios encaminados a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarresten las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se ven sometidos.

El artículo 46 de esta norma, antes de la modificación realizada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establecía la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

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

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”.

Así las cosas, en el régimen general de seguridad social se exige como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes, una cotización mínima de 26 semanas, la cual se debe estar efectuando al momento de la muerte o, en su defecto, haberla realizado durante el año anterior a la mencionada novedad.

2. Principio de favorabilidad en materia laboral

Al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, para acceder a la pensión de sobrevivientes, se observa que el primero es altamente más beneficioso que el especial pues requiere una fidelidad al sistema de 26 semanas, entre tanto el segundo exige que como mínimo la prestación del servicio haya tenido una duración igual o superior a 12 años.

Respecto a esta situación de desigualdad, es preciso señalar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta Corporación³ han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren que sean superiores a los del común de la población porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995⁴ desarrolló los anteriores argumentos de la siguiente forma:

“4. La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

(...)

5. Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.”.

Conforme a lo anteriormente expuesto si a la demandante se le aplicara el Decreto 1091 de 1995 para determinar si tiene derecho a acceder a pensión de sobrevivientes que reclama, en su condición de madre del señor (...), necesariamente habría que negar la petición, toda vez que esta disposición es clara en cuanto a los requisitos exigidos para obtener este beneficio pensional los cuales no se lograron acreditar en este caso por cuanto el causante sólo estuvo vinculado durante 3 años al servicio de la Policía Nacional.

Por el contrario, si para los mismos efectos se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha del fallecimiento, la respuesta al anterior cuestionamiento, *prima facie*, sería afirmativa y, en consecuencia, debería reconocerse la prestación periódica reclamada.

En casos con contornos similares al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que se supone debe optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí puede acceder la generalidad de los ciudadanos⁵.

Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la Fuerza Pública⁶, también lo es que la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó lo siguiente:

“(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias⁷.” (negrilla fuera de texto)

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01245-01(5184-03), Actor: Nohora Carmenza Ferro Sánchez.

⁶ “ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.”.

⁷ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones

Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...).”

En conclusión, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios⁸.

En decisión posterior y sobre el mismo tema de la pensión de sobrevivientes, el Consejo de Estado⁹, dijo:

“...Esta Corporación ha manifestado que a las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan un caso particular, solo debe acudirse en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario la prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convertiría en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad. También ha dicho que las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, encuentran sentido en cuanto ellas suponen la existencia de unas condiciones más favorables para los trabajadores a quienes comprenden. Por eso, cuando tales excepciones conllevan un tratamiento inequitativo frente al que se otorga para la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, deben ser desechadas porque quebrantan el principio de igualdad. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso que se estudia, pues las previsiones de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la pensión de sobrevivientes – arts. 46 a 48 – resultan más favorables que la sustitución de las prestaciones por retiro o por muerte en situaciones especiales de los Agentes de la Policía

⁸ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. **7 de octubre de 2010**. Expediente No 76001-23-31-000-2007-00062-01 (0761-09). Actor: Dignory Sandoval Mosquera. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional.

Nacional. En tal sentido, el desenlace del debate no puede conducir a una decisión como la adoptada por la entidad demandada, de negar la prestación porque se está en un régimen especial, cuando se ha cumplido y satisfecho los requisitos de la norma general contenida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003. Para la Sala resultan aplicables las consideraciones antes transcritas, pues si el causante cumplía con los requisitos para que a sus beneficiarios les fuera concedida la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no con lo previstos en el régimen especial, sin lugar a dudas debe decretarse su reconocimiento en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad...”.

En el caso anterior, se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del Agente de la Policía Nacional (...), quien laboró en la Policía Nacional por más de 10 años. En esta oportunidad la Corporación revocó la decisión de primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y anuló los actos acusados concediendo el beneficio pensional de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.

La misma Corporación¹⁰ también había dicho lo siguiente:

“(...) Como lo ha señalado esta Sala en casos similares al presente, a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina (...).

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye 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

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. **18 de febrero de 2010** Expediente No 08001233100020040028301 (1514-08).

hecha para una 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.

Admitir lo contrario es desconocer el principio de equidad, fundado en postulados de igualdad y justicia. Decisiones judiciales que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quienes no lograron consolidar 15 años de servicio en una entidad determinada, cuando al mismo tiempo existen providencias judiciales que conceden dicho beneficio a quienes solo demuestran cotizaciones por veintiséis semanas al momento del deceso del causante, no serían consecuentes con tales postulados (...).

Con esta providencia se confirmó la decisión que adoptó el Tribunal Administrativo de del Atlántico, mediante la cual se condenó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes. En esta sentencia, se citó¹¹ lo dicho por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2002 y el 6 de marzo de 2003.

Las tres providencias aludidas y cuya parte pertinente se transcribió reconocieron la pensión de sobrevivientes teniendo como fundamento el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad y de igualdad. Esta era la tesis tanto de la Subsección “A” como de la Subsección “B” de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que estuvo vigente hasta el 25 de abril de 2013, cuando la Sección Segunda, en pleno, cambió la tesis para señalar que la normatividad que se debe aplicar es aquella que esté vigente para la época de ocurrencia de los hechos, por tanto, rectificó la

¹¹ Consejo de Estado. 25 de abril de 2002. Expediente No. 2409-01 M. P. Alberto Arango Mantilla y 6 de marzo de 2003. Expediente No 1707-02 M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

jurisprudencia hasta entonces aplicada, incluso en decisiones de 29 de abril de 2010¹² y 1º de noviembre de 2012¹³.

La sentencia aludida que rectifica la jurisprudencia hasta entonces vigente, se transcribe a continuación en la parte pertinente, así:

“(…) 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:

“ARTICULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994”.

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 (...) 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.

¹² Expediente No 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-009) Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En esta oportunidad se reconoció la pensión de sobrevivientes dando aplicación al principio de retrospectividad de la Ley 12 de 1975, no obstante que el fallecimiento del causante había ocurrido en el mes de octubre de 1970.

¹³ Expediente No 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Con esta decisión se reconoció la pensión de sobrevivientes con fundamento en la Ley 100 de 1993, no obstante de que el deceso del causante ocurrió el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de la 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 haya 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”.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994¹⁴.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestaciones causado con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior¹⁵, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º 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 la posterior¹⁶ (...)” (Se subrayó).

Con esta decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación, se dejó sin sustento la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 de manera retrospectiva, y en adelante, esto es, a partir de la fecha de la sentencia transcrita, es decir, 25 de abril de 2013, se aplica para los casos de pensión de sobrevivientes la normatividad que esté vigente a la fecha de ocurrencia del hecho que la origina. Así se hizo mediante la sentencia del 23 de julio de 2014¹⁷, en la que se dijo:

¹⁴ A nivel territorial la Ley 100 de 1993 comenzó a regir el 30 de junio de 1995.

¹⁵ Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Dr. Luis Rafael Vergara. Expediente 2007-01611 (1605-09). 25 de abril de 2013. María Emilsen Larrahondo Molina

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”. Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. **23 de julio de 2014**. Expediente No 250002342000201300386 (4067-2013). Sildana Velásquez Rincón. Caja Nacional de Previsión Social.

“(…) En estas condiciones, es evidente que la Ley 100 de 1993, reguló de manera integral y sistemática la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media, como en el de ahorro individual, por lo que es necesario determinar si las normas anteriores, para referirnos solo a las normas generales que regulan el presente caso, esto es, la Ley 12 de 1975, adicionada por la Ley 113 de 16 de diciembre de 1985, se encuentran vigentes y aún producen efectos jurídicos, o si por el contrario están derogadas tácitamente.

Sobre el particular, en Sentencia C-328 de 28 de marzo de 2002, la Corte Constitucional se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 113 de 1985, sin embargo, al referirse a la vigencia de la norma, dijo:

“(…)

Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3º de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas procedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º de la ley 153 de 1887 dice que se estima “insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (subrayas no originales).

(…)

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte.

(…)

Ahora bien, en el presente caso, no existe duda de que la norma acusada fue derogada por la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, es necesario examinar si esa disposición puede o no producir efectos, con el fin de determinar si el pronunciamiento de la Corte debe o no ser inhibitorio, por carencia actual de objeto.

La Corte considera que en algunos eventos particulares, esa disposición puede estar aun produciendo efectos ya que ella sigue regulando el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes cuando el trabajador falleció antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Así, supongamos que a alguien le fue negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en virtud de la aplicación de esa norma, y que esa exclusión resulta discriminatoria a la luz de la Carta de 1991. En tal caso, la única

forma que tendría esa persona de lograr el acceso a su pensión de sobreviviente es gracias a una declaración de inconstitucionalidad de la disposición acusada. La Corte coincide entonces con la Procuraduría en que, a pesar de la derogación formal de la norma acusada, procede un examen de los cargos de la demandante, pues esa disposición es susceptible de seguir produciendo efectos”.

En este contexto, es evidente que la norma acusada en su oportunidad estuvo vigente, esto es, en la fecha en que aconteció el deceso del causante, y la misma fue derogada tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo señaló la Corte Constitucional, sin embargo, dicha norma puede producir efectos en el tiempo, si se cumplen las exigencias allí contenidas.

Sobre las anteriores bases, la Ley 12 de 1975 exigía que la cónyuge o compañera permanente de un empleado del sector público, entre otros, y sus hijos menores inválidos, tendrían derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciera antes de cumplir la edad para acceder a la pensión, siempre y cuando hubiera completado el tiempo de servicio, esto es, 20 años, empero, en el sub-lite, el señor (...) solo laboró en el (...) 3 años, 11 meses y 5 días, lo que indica que no cumplió con las exigencias señaladas en la norma, para que la actora, en su condición de cónyuge supérstite, pudiera acceder a la pensión reclamada.

Por las anteriores razones, es que la señora (...), pretende ahora que se le aplique por favorabilidad los artículos 46 y ss de la Ley 100 de 1993, que regulan la pensión de sobrevivientes y que exigen solo 26 semanas al momento de la muerte, para obtener el beneficio pensional.

Sobre el tema de la favorabilidad la Sección Segunda, había considerado que en circunstancias especiales, cuando el régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí compensa 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 (...)” (Se subrayó)..

Se concluye, entonces, que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es aplicable la normatividad vigente a la fecha de ocurrencia del fallecimiento del causante.

Hecho el anterior análisis de la jurisprudencia relacionada con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en los casos en los cuales se pide aplicación del artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y de los principios de favorabilidad y de igualdad, se procede al estudio de la situación particular de la demandante, es decir, el aspecto probatorio en el caso concreto.

El Caso Concreto y la Prueba Allegada al Proceso.

El señor HERMES MORENO INFANTE laboró con el Municipio de Rionegro – Santander, desde el 1º de abril de 1985 hasta el 23 de febrero de 1992, esto se demostró con la documental allegada al proceso y que se encuentra del folio 8 al 14 y del folio 107 al 293 del expediente, en donde consta que se desempeñó como Asesor Técnico, Inspector de Obra y Secretario de Obras Públicas del citado municipio.

Obra en el proceso fotocopia del Registro Civil de Matrimonio expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro, en donde consta que el 18 de enero de 1983, el señor HERMES MORENO INFANTE y la señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ contrajeron matrimonio el 6 de enero de 1983 (fl. 6).

Igualmente está probado que el día 23 de febrero de 1992 falleció el señor HERMES MORENO INFANTE, como consecuencia de un trauma craneoencefálico severo; así se consignó en el registro civil de defunción expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro (fl. 4).

La señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ se dirigió al Alcalde del Municipio de Rionegro – Santander a solicitar el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes, en su condición de esposa del fallecido señor HERMES MORENO INFANTE (fl. 24).

En respuesta a la solicitud de la demandante se expidió la Resolución No 019 de 30 de enero de 2012, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fl. 29); esta decisión fue objeto del recurso de reposición el cual fue decidido con la Resolución No 101 de 11 de julio de 2012 (fl. 44).

Pues bien, se procede ahora al análisis de la prueba allegada al proceso a la cual se ha hecho referencia y se establece que el señor HERMES MORENO INFANTE efectivamente laboró para el municipio de Rionegro (Santander) desde el 1º de abril de 1985 hasta el 23 de febrero de 1992, fecha esta última cuando falleció por la circunstancia consignada en el registro de defunción; y a reclamar la pensión de sobrevivientes acudió su señora esposa MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990 que en el artículo 25 regula la pensión de sobrevivientes por riesgo común; sin embargo, no se encontró en el proceso prueba de la afiliación a ningún fondo de pensiones durante el término que tuvo vinculación laboral con el municipio demandado.

Ahora, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación que en precedencia se citó y transcribió, en lo pertinente, se observa que por aplicación del principio de favorabilidad se hizo extensivo el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes según la regulación prevista en los

artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, es decir, se aplicaba de manera retrospectiva, a aquellos casos ocurridos antes de su vigencia.

La jurisprudencia que así lo reconocía fue rectificada y a partir de la sentencia de fecha veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), la Sección Segunda de esta Corporación señaló que en adelante se debe tener en cuenta que la ley favorable a aplicar siempre será aquella que se encuentre vigente a la fecha del fallecimiento del causante y no la posterior.

En este orden de ideas, y de acuerdo con lo que se ha expuesto, entre otras, las citas jurisprudenciales, la Sala considera que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, no se puede aplicar de manera retrospectiva en este caso, pues, a la fecha en que falleció el señor HERMES MORENO INFANTE, 23 de febrero de 1992, no se había expedido la Ley 100 de 1993 ni había entrado a regir, lo cual, de conformidad con el párrafo del artículo 151 de la Ley 1993, en el nivel territorial comenzó a regir el 30 de junio de 1995, Dice la norma en mención:

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

“Párrafo. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad departamental” (Se Subrayó).

De conformidad con lo expuesto, la demandante no tiene derecho al beneficio consagrado en los artículo 46 a 48 de la Ley 100 de 1993 y menos

a la regulación prevista en el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, ya que no se encontró que se hubiese realizado aportes por el tiempo de la vinculación con el Municipio de Rionegro (Santander) al Instituto de Seguros Sociales.

El artículo 25 de Decreto 758 de 1990, regula una pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, así:

“Artículo 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

Se advierte que esta norma señala los casos en los cuales se adquiere la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, entre ellos, que la muerte del asegurado no sea de origen profesional, si se presentan los siguientes casos:

1) Que a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiese reunido el número y densidad de cotizaciones para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común. Sobre este punto, se tiene que decir que si bien es cierto que el señor laboró con el municipio demandado por espacio de 6 años, 10 meses y 22 días, también lo es que no existe prueba de que los aportes para pensión los hubiese realizado al Instituto de los Seguros Sociales, en cuyo caso, no sería el Municipio de Rionegro al que se debe pedir la pensión sino al citado instituto, en el caso de que se hubiese efectuado los aportes, de lo

cual, como se dijo, en el proceso no obra prueba. Sobre este particular es del caso señalar que en el expediente a folio 15, el Secretario de Hacienda y Crédito Público de Rionegro, informó lo siguiente: “...1.- *Al punto dos le informo que revisados los archivos se constató que al señor HERMES MORENO INFANTE, q.e.p.d. se le efectuó descuentos de salud y de ley, pero no aparece afiliación ni cancelación a ningún fondo de salud y pensiones ...*”. (fl. 15).

2. Que el asegurado estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez. Sobre este requisito se debe indicar que de acuerdo con la prueba documental allegada al proceso, se establece que el señor HERMES MORENO INFANTE no estaba en ninguna de estas situaciones, vale decir, estar disfrutando pensión de invalidez o de vejez, o que hubiese causado el derecho a percibir dichas pensiones.

Por lo anterior, tampoco se puede aplicar el Decreto 758 de 1990 al caso que se debate en este proceso dado que no se dan las circunstancias allí requeridas; y, además, porque no se probó que el causante hubiese efectuado los aportes para pensión, de conformidad con la ley, al Instituto de los Seguros Sociales.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que esta Corporación y por las razones expresadas se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo anteriormente 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,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013), por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora MARTHA ARCINIEGAS RODRIGUEZ contra el Municipio de Rionegro (Santander), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ GERARDO ARENAS MONSALVE