



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

CONSEJERO PONENTE: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2017

Radicado: 41-001-23-33-000-2013-00216-01
N.º Interno: 0618-2015
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Zunilda Cardozo Olaya
Demandado: Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-098-2017

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Huila, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Zunilda Cardozo Olaya en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

Pretensiones¹

«[...]»

¹ Folios 5 y 6 del cuaderno principal 1



- 1.- Que declare nulo el acto administrativo mediante el cual niega la pensión de sobrevivientes de mi prohijada, el cual se identifica con el oficio No. S 2012-297419/ARPE.GROIN 22.
- 2.- Que como consecuencia de lo anterior el señor juez declare la calidad de pensionada a la señora Zunilda Cardozo por la muerte en actividad de servicio de su esposo el agente Joselín Losada Cubillos.
- 3.- Que de acuerdo a lo anterior se ordene a la demandada a restituir (sic) o pagar a mi prohijada las mesadas a que tenga derecho con ocasión a la muerte del señor Joselín Losada Cubillos.
- 4.- Que como consecuencia del punto primero solicito señor juez, se ordene el pago que trata el artículo 119 del decreto ley 97 de 1989 en su ordinal a esto es a que por el Tesoro Público se le pague una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 del presente estatuto.
- 5.- Que como consecuencia del punto primero se condene al pago de la cesantía por el tiempo del causante a mi prohijada al tenor del artículo 119 del decreto ley 97 de 1989.
- 6.- La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. [...]»

Fundamentos fácticos²

«[...]»

- 1.- El señor Joselín Losada Cubillos ingresó a la policía nacional en calidad de agente el día 7 de julio de 1975.
- 2.- La señora Zunilda Cardozo contrajo matrimonio a través de rito católico con el señor Joselín Losada Cubillos el día 1.º de febrero de 1975, el cual fue inscrito en la Registraduría nacional del estado civil.
- 3.- Fruto de esa unión le nacieron cinco hijos, Joselín Losada Cardozo, María Alejandra Losada Cardozo, Rolando Losada Cardozo, Leidy Tatiana Losada Cardozo y, Adriana Patricia Losada Cardozo.
- 4.- Desde siempre el lugar del domicilio del señores Joselín Losada y la señora Zunilda Cardozo fue el municipio de Villavieja (Huila).
- 5.- El agente Joselín Losada Cubillos fue separado de la Policía Nacional el 4 de marzo de 1987, a través de la Resolución 885 del mismo año.

² Folios 3 y 4 del cuaderno principal 1



6.- Una vez demandada por el señor Joselín Losada Cubillos esta resolución a través de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Tribunal Administrativo del Huila, ordenó su reintegro, mediante sentencia que quedó ejecutoriada el 25 de mayo de 1989.

7.- Siendo miembro activo de la Policía Nacional el señor Joselín Losada Cubillos fue declarado muerto por el Juzgado Segundo De Familia de Neiva, con fecha del 18 de marzo de 1990. La sentencia fue inscrita a través de registro civil de defunción.

8.- El desaparecimiento del señor JOSELÍN LOSADA fue ocasionado por actos en el servicio.

9.- De acuerdo a los extremos del vínculo que sostenía Joselín Losada con la Policía Nacional, desde que ingresó a la institución y hasta que murió, transcurrieron 14 años, 8 meses y 11 días de servicio.

10.- El señor Joselín Losada dejó con desventura en ese entonces a una esposa y a cinco hijos.

11.- La señora Zunilda Cardozo jamás volvió a contraer nupcias, ni a sostener relaciones maritales con persona alguna.

12.- Como apoderado de la hoy accionante, solicité a la Policía Nacional el reconocimiento de su pensión de sobrevivientes, situación que le fue negada mediante oficio No. S 2012-297419/ARPE.GROIN 22, arguyendo que el señor Joselín Losada Cubillos estaba retirado de la institución desde el 24 de agosto de 1989 antes de haberse producido su muerte, motivo por el cual no le asistía derecho a mi prohijada.

13.- Convoqué como apoderado de la señora Zunilda Cardozo a la hoy accionada, ante trámite conciliatorio de acuerdo a la Ley 640 de 2001 y en audiencia de conciliación, la apoderada de la demandada argumentó la negación del derecho de mi prohijada toda vez que en el momento de la muerte del señor Joselín Losada Cubillos no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993.

14.- Mi prohijada tiene derecho a su pensión por la muerte de su señor esposo, al tenor de la normatividad expuesta, pruebas allegadas y pruebas que se practicarán en el transcurso del proceso. [...]»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL



En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

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

Decisión de excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁴

A folios 143-145 y CD a folio 154, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] La parte demandada, propuso la falta de competencia que conforme al artículo 97-2 del CPC constituye excepción previa y de la misma se surtió el traslado respectivo, debiendo decidirse de conformidad con el inciso 1º del numeral 6º del artículo 180 CPACA.

[...]

Decisión. En virtud de lo anterior y conforme al artículo 180 numeral 6º inciso 3º del CPACA, el Despacho resuelve:

DECLARAR no probada la excepción de falta de competencia propuesta por la parte demandada y en consecuencia se ordena, continuar con el trámite del presente proceso. [...]»

³ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁴ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.



Contra esta decisión no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁵

En el presente caso a folios 145 a 146 y CD obrante a folio 154, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto del problema jurídico, así:

Problema jurídico

«[...] 1.- Es nulo el acto demandado por vulnerar las normas invocadas en la demanda, dado que el señor José Losada Cubillos falleció estando vinculado a la entidad demandada y en actos del servicio.

2.- Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague la sustitución pensional, cesantías y compensación incoadas en la demanda?

Decisión notificada en estrados.

El demandante advierte que como quiera que las normas invocadas en la demanda son antiguas, en virtud del principio *iura novit curia* será el juez que determine la normatividad que gobierna el asunto sometido a litigio.

El despacho no acoge el planteamiento del demandante, pues en virtud del principio de justicia rogada el presente asunto debe someterse a la normatividad invocada en la demanda para no sorprender a la parte demandada con normas que no fueron invocadas y contrariar el principio de lealtad procesal [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁶

⁵ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁶ Folios 266 a 281



El *a quo* profirió sentencia de forma escrita en la cual ordenó lo siguiente:

- i) Declaró no probada la excepción de inexistencia del derecho a la compensación de dos años de los haberes y al pago de cesantías definitivas, por la demandante tener derecho a ellos.
- ii) Declaró no probada la excepción de inexistencia del derecho en relación con la pensión de sobreviviente, porque no se cumplen los requisitos para tal fin.
- iii) Decretó la nulidad del oficio n.º S-2012-297419 de 1.º de noviembre de 2012, por medio del cual se negó a la demandante el reconocimiento de los beneficios o emolumentos causados por la muerte del agente® Joselín Losada Cubillos, en lo relacionados con la compensación de dos años de los haberes y al pago de cesantías definitivas.
- iv) Declaró probada la excepción de prescripción de los derechos de la demandante.
- v) Negó las demás pretensiones

En primer lugar, señaló que en el caso concreto resulta aplicable el Decreto 097 de 1989 toda vez que el presunto fallecimiento por desaparición del agente Joselín Losada Cubillos tuvo lugar el 18 de marzo de 1990, muerte declarada judicialmente a través de la sentencia de 29 de octubre de 2003 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Neiva y confirmada mediante sentencia de 11 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Superior Sala Tercera Civil Familia.

Por tanto, arguyó que no es aplicable por favorabilidad e irretroactividad el régimen general de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente alegada.

Indicó que el agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) contrajo matrimonio con la demandante el 1.º de febrero de 1975. Igualmente, que ingresó a la Policía Nacional el 7 de julio de 1975 y fue separado de forma absoluta del servicio activo mediante Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987.



Posteriormente, el Tribunal Administrativo del Huila mediante sentencia del 10 de mayo de 1989 declaró su nulidad y ordenó a la Policía Nacional reintegrarlo al servicio activo sin solución de continuidad en la prestación del servicio, sin que la entidad demandada ejecutara la orden judicial, ni adelantara el procedimiento para darlo de baja por desaparecimiento.

No obstante, consideró que la vinculación del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) con la entidad demandada se extendió hasta el 18 de marzo de 1990 «fecha de muerte presunta». Así mismo, que la causa de su muerte fue «simplemente en actividad» y no en «actos del servicio» y en principio le asistía una compensación equivalente a dos años de los haberes correspondientes y al pago de cesantías por el tiempo de servicio del causante, empero, indicó que el derecho de la demandante por estos haberes se encuentra prescrito conforme al artículo 111 del Decreto 097 de 1989.

Finalmente, consideró que no le asiste razón a la demandante en reclamar el derecho al pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, toda vez que hasta la fecha de la muerte presunta del agente Joselín Losada Cubillos contaba con un total de 14 años, 8 meses y 11 días que es inferior a la exigida en el Decreto 097 de 1989.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

La demandante presentó recurso de apelación en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que en el presente caso, la muerte presunta del agente Joselín Losada Cubillos por desaparecimiento debe ser catalogada en actos del servicio y no simplemente en actividad.

Lo anterior, toda vez que la entidad demandada no adelantó el procedimiento para señalar las causas y darlo de baja por desaparecimiento conforme al artículo 134 del Decreto 097 de 1989, no obstante, haber sido este artículo declarado inexecutable mediante sentencia proferida el 12 de junio de 1990 por la Corte Suprema de Justicia, en la medida que sus efectos son hacia futuro.

Por tanto, consideró que en calidad de cónyuge sobreviviente del agente Joselín Losada Cubillos, la demandante tiene derecho al reconocimiento

⁷ Folios 286 a 290



y pago de la pensión de sobreviviente con base en los artículos 120 y 134 del Decreto 097 de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁸: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada⁹: Reiteró los argumentos expuestos en la actuación procesal, en especial, que la demandante no es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, toda vez que la muerte del agente Joselín Losada Cubillos no debe ser catalogada como en actos del servicio y en esa medida no contaba con el tiempo de labor que señala el Decreto 097 de 1989 para su reconocimiento.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en segunda instancia, tal como se observa a folio 341.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

⁸ Folios 312 a 317

⁹ Folios 332 a 339

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



1. ¿La muerte presunta por desaparecimiento del agente Joséln Losada Cubillos (q.e.p.d.) debe ser catalogada en actos propios del servicio conforme el Decreto 097 de 1989?
2. La señora Zunilda Cardozo Olaya en su calidad de cónyuge sobreviviente del agente de la Policía Nacional Joséln Losada Cubillos (q.e.p.d.) tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con base en el Decreto 097 de 1989?

Primer problema jurídico

¿La muerte presunta por desaparecimiento del agente Joséln Losada Cubillos (q.e.p.d.) debe ser catalogada en actos propios del servicio conforme el Decreto 097 de 1989?.

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la muerte presunta por desaparecimiento del agente Joséln Losada Cubillos (q.e.p.d.) no puede ser catalogada en actos del servicio, con base en los argumentos que se exponen seguidamente.

Muerte en actos propios del servicio de los agentes de la Policía Nacional

El artículo 120 del Decreto 097 de 1989 señala:

«[...] MUERTE EN ACTOS DE SERVICIO. Durante la vigencia del presente estatuto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo, ocurrida en actos del servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en el presente Decreto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

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

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



c) Si el Agente hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, según el tiempo de servicio del causante. [...]»

A su vez, el artículo 134¹¹ ib., indicó:

«[...] Al Agente en servicio activo que desapareciere en combate con el enemigo, en naufragio de la embarcación en la que navegaba, en accidente o en cualquier otra circunstancia sin que se vuelva a tener noticia de él durante treinta (30) días se le tendrá como provisionalmente desaparecido para los fines determinados en este capítulo, declaración que hará la Dirección General de la Policía Nacional previa la investigación correspondiente y de conformidad con reglamentación que expida el Gobierno.

Parágrafo. Si de la investigación que se adelante no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios, en el orden establecido en el presente estatuto continuarán percibiendo de la pagaduría respectiva la totalidad de los haberes del Agente hasta por un término de dos (2) años. Vencido el lapso anterior, se declarará definitivamente desaparecido, se dará de baja por presunción de muerte y se procederá a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalente a las de muerte en actividad, previa alta de tres (3) meses para la formación de la hoja de servicios. [...]»

De la normativa señalada se colige que para efectos del reconocimiento prestacional previsto por desaparecimiento se requiere: i) que el miembro de la Fuerza Pública se encuentre en servicio activo, esto es, en ejercicio de las funciones propias del empleo para el cual ha sido designado como policial y, ii) que las causas de la muerte se produzca en actos propios del servicio o por causas inherentes al mismo, en este último caso cuando el fallecimiento tuviese como causa eficiente dicha prestación.

¹¹ Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 12 de junio de 1990, Magistrado Ponente Jaime Sanín Greffenstein. Por tanto, el artículo 135 del Decreto 2064 de 1984, señaló: «[...] Al Agente en servicio activo que desapareciere en misión del servicio o mantenimiento del orden público en naufragio de la embarcación en que navegaba, en accidente aéreo o en cualquier otra circunstancia, sin que se vuelva a tener noticia de él durante treinta (30) días, se le tendrá como provisionalmente desaparecido para los fines determinados en este capítulo, declaración que hará la Dirección General de la Policía Nacional, previa la investigación correspondiente y de conformidad con reglamentación que expida el Gobierno.

PARÁGRAFO. Si de la investigación que se adelante no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios, en el orden establecido en el presente estatuto continuarán percibiendo de la Pagaduría respectiva la totalidad de los haberes del Agente hasta por un término de dos (2) años, vencido el lapso anterior, se declarará definitivamente desaparecido, se dará de baja por presunción de muerte y se procederá a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalentes a las de muerte en actividad, previa alta de tres (3) meses para la formación de la hoja de servicios. [...]»



Por su parte, el Consejo de Estado¹² ha señalado respecto de los actos propios del servicio, para efectos prestacionales lo siguiente:

«[...] Sin entrar a definir el concepto de la expresión “actos del servicio”, considera la Sala importante identificar algunos elementos que lo caracterizan como causa de reconocimiento prestacional, en el entendido de que se trata de aquellas funciones conferidas por el ordenamiento jurídico (arts. 2 y 218 C.P.) a quienes integran en forma exclusiva la fuerza policial y que guardan una íntima relación de conexidad con las actividades que son inherentes al ejercicio de la función pública encomendada.

Para efectos de la citada disposición se tendrá en cuenta si la causa del deceso tiene o no relación directa con actos propios del servicio policial, esto es, en consideración al elemento funcional, mas no sólo al personal (miembro activo), en tanto la muerte hubiese sobrevenido por ejemplo a un entrenamiento, adiestramiento, instrucción u operación llevados a cabo obviamente en ejercicio de una actividad de policía, esto es, en ejecución del poder y de la función de policía, siempre que se demuestre el nexo de causalidad entre el acto del servicio y el fallecimiento del policía.

En esas condiciones, no es posible hacer prevalecer sólo el elemento subjetivo para los efectos de los artículos 68, 69 y 70 del Decreto 1091 de 1995, sino que se hace necesario probar que la situación del policial se subsume dentro de los presupuestos que maneja cada una de tales disposiciones, de tal suerte que el operador jurídico pueda examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la defunción y así poder determinar que se enmarca una de las modalidades previstas en esas normas. [...]»

De lo anterior se colige que si no se acredita el nexo de causalidad entre el acto del servicio y el fallecimiento del agente de Policía, habrá de concluirse que tal acontecimiento ocurrió simplemente en actividad, toda vez que el solo hecho de ser miembro activo de la institución policial y, de haber fallecido bajo esta especial condición no permite concluir que fue precisamente en actos del servicio el origen del deceso en la medida que resulta indispensable, como se anotó antes, probar la vinculación directa con un acto u operación propia del servicio policial.

Declaratoria de muerte presunta por desaparecimiento

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de marzo de 2009, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, número interno 1612 de 2006.



En el anterior hilo argumentativo, los artículos 97 del Código Civil¹³ y 656 a 658 del Código de Procedimiento Civil (normativa vigente al momento de la declaratoria de muerte presunta del agente Joselín Losada Cubillos), regulan la declaración de la muerte presunta como consecuencia de la desaparición de una persona, pasados dos años sin tener noticias del ausente. Se trata de una presunción legal de muerte, que admite prueba en contrario y es declarada por el juez del último domicilio del desaparecido.

La sentencia que declare la muerte presunta ordenará transcribir lo resuelto al funcionario del estado civil para que extienda el folio de defunción. Tiene por efecto extinguir la personalidad del ser humano, el que desaparece como sujeto de derechos y, posibilita la transmisión de los derechos patrimoniales derivados de tal insuceso.

Con base en lo precedente, en el presente caso se encuentra probado lo siguiente en el cuaderno 1 principal del expediente:

1.- El extracto de la historia laboral del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) expedido por la Policía Nacional, se indica (folio 16):

«[...] Dado de alta como agente alumno desde 07/07/1975 mediante OAP 1-150/1975, RETIRADO 04/03/87 Según Res. 00885/1987 con el grado de AGENTE. TOTAL TIEMPO DE SERVICIO AÑOS 11, MESES 08, DÍAS 10 [...]»

¹³ ARTICULO 97. CONDICIONES PARA LA PRESUNCION DE MUERTE. Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido, a lo menos, dos años.

2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

3. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación.

4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

5. Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.

6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

7. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.»



2.- A folios 37 a 39 obra la Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987 mediante la cual se separó de forma absoluta al agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) de la entidad demandada.

3.- A través de sentencia de 10 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila (folios 19 a 34), se declaró la nulidad de la Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987, se ordenó el reintegro a la Policía Nacional del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) sin solución de continuidad, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 4 de marzo de 1987 hasta cuando fuere efectivamente reintegrado.

La mencionada providencia fue notificada por edicto fijado por el Tribunal Administrativo del Huila del 16 al 25 de mayo de 1989 (folios 35 y 36) y, a través de Oficios 524 y 525 del 13 de junio de 1989 se remitió copia de la misma al Director General de la Policía Nacional (folio 36 vuelto).

5.- Mediante el registro civil de defunción (folio 14) se desprende que el agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) falleció el 18 de marzo de 1990. En dicho registro se anotó:

«[...] Muerte presunta mediante sentencia del 29 de octubre de 2003 del Juzgado Segundo de familia de Neiva y confirmada mediante sentencia del 11 de marzo de 2004 del Distrito Judicial de Neiva, Tribunal Superior Sala Tercera Civil de Familia [...]»

Analizado el material probatorio obrante en el expediente, se desprende que la muerte presunta del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) debe ser catalogada en actos simplemente en actividad, por las siguientes razones:

- Si bien es cierto que el agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) fue retirado de forma absoluta de la Policía Nacional mediante Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987 y que fue reintegrado sin solución de continuidad a la entidad demandada a través de la sentencia de 10 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, no se demostró que la Policía Nacional hubiera proferido el acto de reintegro.

No obstante, tal como lo señaló el *a quo* la vinculación del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) con la entidad demandada se extiende desde el 7 de julio de 1975 hasta el 18 de marzo de 1990



(fecha de su muerte por declaratoria judicial), dado los efectos propios de la sentencia que declaró la nulidad de la Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987.

- Sin embargo, no se probó que el desaparecimiento del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) ocurrió por actos propios del servicio. Lo anterior, en razón a que la declaratoria de muerte presunta por desaparecimiento del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) declarada judicialmente el 18 de marzo de 1990, implica:
 - i) la extinción de la persona como sujeto de derechos y,
 - ii) conforme al ordinal 6.º del artículo 97 del Código Civil¹⁴ el último día en que se tuvo noticias del causante fue el 18 de marzo de 1988.

Por tanto, se colige que el desaparecimiento ocurrió con posterioridad a la expedición de la Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987 mediante la cual fue retirado de forma absoluta del servicio y, a pesar que se declaró la nulidad de dicho acto, la entidad demandada no ejecutó la orden proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, ni realizó el reintegro efectivo del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.).

- En las anteriores condiciones no se acreditó que el desaparecimiento del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.), tuvo relación directa con la Policía Nacional o con ocasión del servicio prestado a la entidad demandada y ha de concluirse que ocurrió en actos en simple actividad, toda vez que como se señaló en acápites anteriores el solo hecho de ser miembro activo de la Policía Nacional y de haber fallecido bajo esta especial condición no permite concluir que fue precisamente en actos del servicio el deceso.

En conclusión

¹⁴ El referido artículo señala el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha [...]»



Conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, la muerte calificada en actos propios del servicio corresponde: i) a los miembros activos de la Policía Nacional y; ii) siempre y cuando se pruebe que la muerte tuvo vinculación directa con un acto u operación propia del servicio policial. En el presente caso, la muerte presunta por desaparecimiento del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.), no puede ser catalogada en actos propios del servicio, toda vez que no se probó que tuvo relación directa con el servicio prestado en la entidad demandada y, en esa medida debe ser catalogada en actos simplemente en actividad.

Segundo problema jurídico

¿La señora Zunilda Cardozo Olaya en su calidad de cónyuge sobreviviente del agente de la Policía Nacional Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con base en el Decreto 097 de 1989?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con base en los argumentos que se exponen a continuación.

Régimen legal de la pensión de sobrevivientes por muerte de agentes de la Policía Nacional.

Determinado lo anterior, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que determine la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo relacionado con el régimen de pensiones. Su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y



sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003¹⁵, manifestó lo siguiente sobre la pensión de sobrevivientes:

«[...] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. [...]» (Subrayado de la Sala)

En este punto es relevante aclarar que, si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.¹⁶

Según la normativa expuesta, en el presente caso no es objeto de discusión que en atención a la fecha de causación del derecho que aquí

¹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, Referencia: expediente D-4659, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12, 13, 18 y 19 de la Ley 797 de 2003, Actor: Rafael Rodríguez Mesa y otros.

¹⁶ Sentencia T-564 de 2015.



se discute (18 de marzo de 1990) el régimen especial de seguridad social aplicable a la demandante para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge sobreviviente del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) se encuentra contenido en el Decreto 097 de 1989, sin que sea procedente aplicar por favorabilidad e irretroactividad el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

En efecto, el Decreto 097 de 1989 consagra en el ordinal c) del artículo 119 la pensión de sobrevivientes en aquellos eventos en que el causante es un agente de la Policía Nacional y su muerte es catalogada en actos simplemente en actividad, en los siguientes términos:

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

[...]

c) Si el Agente hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con la categoría y tiempo de servicio del causante.

[...]»

En ese orden de ideas, los agentes de la Policía Nacional que fallezcan sin haber satisfecho los requisitos legales para acceder a la asignación mensual de retiro o a una pensión, en teoría pueden dejar cubiertas las necesidades de subsistencia de quienes dependían económicamente de ellos por cuanto la normativa citada les otorga a estos el derecho a recibir, según el régimen de beneficiarios normativamente señalado, una pensión de sobrevivientes en igual cuantía a la de la prestación de la asignación de retiro para su grado.

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de agentes de la Policía Nacional

Ahora bien, el artículo 130 del Decreto 097 de 1989 señala que tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro o a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del agente de la Policía Nacional que fallezca en servicio activo o en goce de asignación de retiro



o pensión por vejez, en el siguiente entre otros:

«[...] Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley;

b) Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;

c) A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;

[...]»

Ahora bien, frente a la aplicación e interpretación del Decreto 097 de 1989 se ha precisado por el Consejo de Estado¹⁷ que se debe tener en cuenta lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales y se protegió y se reconoció como beneficiarias de las sustituciones de las asignaciones de retiro por derecho a la igualdad, a las compañeras permanentes, siempre y cuando se demuestre la convivencia, es decir, la vida en común, la comprensión, el auxilio y apoyo mutuo con el causante.

Por su parte, el artículo 129 del Decreto 097 de 1989 consagraba los supuestos bajo los cuales termina la calidad de beneficiarios de la pensión de sobreviviente. No obstante, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 12 de junio de 1990.

Por tanto, en aplicación del principio de reviviscencia de normas derogadas¹⁸ y para determinar en el caso concreto las causales de

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de agosto de 2003, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, número interno 6082-2002; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 31 de enero de 2008, Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno 0437 de 2000.

¹⁸ Ver entre otras la sentencia C- 402 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, posición reiterada en la sentencia C-251 de 2011 en las cuales se señaló: [...] la declaratoria inexecutable de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexecutable conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cobija situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional [...].»

Igualmente, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 28 de enero de 2015, consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, radicación número 11001-03-06-000-2015-00002-00



extinción de la pensión de sobrevivientes, se debe acudir a lo señalado por el Decreto 2063 de 1984, norma que había sido derogada con la expedición del Decreto 097 de 1989, toda vez que:

- El Decreto 2063 de 1984 (normativa derogada por el Decreto 097 de 1989) y que se restablece en el presente caso, no es contrario a la Constitución Política.
- Su reincorporación se requiere para mantener la integridad y la armonía del sistema jurídico, especialmente en cuanto al efectivo desarrollo y aplicación de los principios y las normas constitucionales.
- La reviviscencia del Decreto 2063 de 1984 busca evitar la inseguridad jurídica y suple el vacío dejado en el ordenamiento por la declaratoria de inexecutable del artículo 129 del Decreto 097 de 1989.

De acuerdo con ello, tenemos que el artículo 131 de este último decreto señalaba:

«[...] A partir de la vigencia del presente decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión policial, se extinguirán [...] para los hijos por muerte, matrimonio, independencia económica, o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos cuando hayan dependido económicamente del Agente.

La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente.

La porción del conyugue acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí, y a la del conyugue. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento. [...]»

Así las cosas, en este caso se hace procedente aplicar esta norma en cuanto a la extinción de los derechos pensionales, lo cual se precisará más adelante.

Monto de la pensión de la pensión de sobreviviente



El Decreto 097 de 1989 consagraba en el artículo 98 la base de liquidación para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los agentes de la Policía Nacional; a su vez el artículo 102 ib. señalaba el porcentaje que según el tiempo de servicios correspondía para su reconocimiento.

Aunque estos artículos fueron declarados inexecutable, como se señaló líneas atrás, en aplicación del principio de reviviscencia de la norma derogada, el cual fue explicado en el acápite anterior¹⁹ se debe acudir a los artículos 98 y 101 del Decreto 2063 de 1984 que textualmente señalan:

ARTÍCULO 98. BASES DE LA LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente decreto, a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales, sobre las siguientes partidas, así:
Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre:

Sueldo básico

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

Prima de antigüedad

Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.

Subsidio Familiar.

Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

Sueldo básico

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

Prima de antigüedad

Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.

Subsidio Familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 41 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicas señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el párrafo 2o., del artículo 65 de este estatuto

«[...]»

ARTÍCULO 101. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por la disminución de la capacidad sicofísica, o por conducta deficiente y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a

¹⁹ Ver cita 18



partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 98 de este estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARÁGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el literal b, del artículo 98 liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARÁGRAFO 2o. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación. [...]»

Caso concreto.

En el presente caso, el *a quo* denegó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Zunilda Cardozo Olaya por considerar que al momento de la declaración judicial de la muerte presunta del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.), este contaba con un tiempo de servicio de 14 años, 8 meses y 11 días.

Ahora bien, dado que en el recurso de apelación la demandante sostiene que sí tiene derecho al reconocimiento pensional, se analizará el material probatorio aportado de la siguiente manera:

1.- A folio 15 del cuaderno principal 1, obra el acta de matrimonio católico, en la cual, el señor Joselín Losada Cubillos contrajo matrimonio con la señora Zunilda Cardoso Olaya el 1.º de febrero de 1975.

2.- De dicha relación se procrearon 5 hijos, así (folios 123 a 129 C.1):

Nombre	Fecha de nacimiento
Rolando Losada Cardozo	27 de septiembre de 1977
Adriana Patricia Losada Cardozo	28 de octubre de 1978
María Alejandra Losada Cardozo	14 de mayo de 1979
Joselín Losada Cardozo	10 de mayo de 1983
Leydi Tatiana Losada Cardozo	24 de abril de 1985



2.- Según el extracto de la historia laboral del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) expedido por la Policía Nacional, (folio 16 cuaderno principal 1), en principio prestó sus servicios en la entidad demandada desde el 7 de julio de 1975 hasta el 4 de marzo de 1987, cuando fue retirado en forma absoluta a través de la Resolución 0885 de 1987, con un tiempo de servicios de 11 años, 8 meses y 10 días.

3.- Posteriormente, como se concluyó en acápites anteriores con la declaratoria de nulidad de la Resolución 0885 del 3 de marzo de 1987 por parte del Tribunal Administrativo del Huila que ordenó el reintegro del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) sin solución de continuidad y la declaratoria judicial de muerte presunta por desaparecimiento el 18 de marzo de 1990, el tiempo de servicios se incrementó a 14 años, 8 meses y 11 días.

Por tanto, tal como lo señaló el *a quo*, en principio a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, toda vez que según el artículo 119 del Decreto 097 de 1989 el tiempo de servicios requerido es de 15 años cuando la muerte es catalogada en actos denominados simplemente en actividad, tiempo inferior al probado.

Aplicación del criterio auxiliar de equidad para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente

El artículo 230 de la Constitución Política señala:

«[...] Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. [...]»

La Corte Constitucional²⁰ respecto del citado artículo ha señalado que no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y principios.

²⁰ Sentencia C-621 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



Por su parte, el Consejo de Estado²¹, en relación con la aplicación del criterio auxiliar de equidad consagrado en el artículo 230 Superior, indicó:

«[...] La aplicación de la equidad constituye uno de los temas complejos de la jurisprudencia, pues a nadie escapa que una decisión judicial basada solamente en el principio de la equidad y alejada del texto legal, llevaría a un subjetivismo judicial que no puede tener cabida en un Estado de Derecho, como quiera que un juez sin el freno legal, está en riesgo de fallar de acuerdo con sus tendencias ideológicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen.

La equidad se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia, que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

[...]

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

[...]

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. [...]»

De lo anterior se colige que el juez debe estar inspirado al momento de realizar la interpretación normativa por principios de justicia material y no formal y, que conforme el criterio auxiliar de equidad, éste se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia que se pueda derivar de la aplicación

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de julio de 2006, Consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero, número interno 5116-2005



de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

Con fundamento en lo precedente, en el presente caso el artículo 119 del Decreto 097 de 1989, exigía que un agente debía tener cumplidos al momento de su fallecimiento quince (15) años de servicio para tener derecho a pensión por muerte en simple actividad.

Si bien dentro del expediente está probado que el agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.) al momento de la declaratoria judicial de muerte presunta por desaparecimiento el 18 de marzo de 1990, contaba con un tiempo de servicios de 14 años, 8 meses y 11 días que equivalen al 97.98% del 100% que representan los quince (15) años de servicio.

Por tanto, para la Subsección es claro que si del 100% de la exigencia legal aplicable para este caso (15 años de servicio), el causante y cónyuge de la demandante alcanzó a cumplir el 97.98% (14 años, 8 meses, 11 días), no existe justificación en equidad que invalide el derecho a otorgarle el reconocimiento pensional bajo el régimen especial del aludido decreto, máxime si el tiempo de servicio restante, representado en escasos 3 meses y 19 días, no lo alcanzó a cumplir el causante por un simple capricho suyo, sino por el acaecimiento de una fuerza mayor como es el desaparecimiento y posterior declaratoria judicial de la muerte presunta de este último.

Aunado a lo anterior, en razón a que está acreditado que la demandante y cónyuge superviviente del causante en la actualidad cuenta con 62 años de edad²², es merecedora de una protección especial por ser una persona de la tercera edad, de ahí que al negarle la pensión de sobrevivientes, a pesar de las particularidades reseñadas, sería exponerla a condiciones de indignidad por una lectura literal y exegética de la norma, lo cual compromete su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital.

Por tanto, se declarará la nulidad del acto demandado y se reconocerá la pensión de sobreviviente a favor de la señora Zunilda Cardoso Olaya en los términos de los artículos 98 y 101 del Decreto 2063 de 1984, toda vez se extinguió el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente frente a sus hijos.

En conclusión

²² A folio 15 del cuaderno principal 1 obra el acta de matrimonio que indica que al 15 de febrero de 1975 la señora Zunilda Cardoso Olaya contaba con 20 años de edad.



A pesar de que no se cumplió el tiempo total de servicio exigido por el Decreto 097 de 1989 para reconocer a la demandante la pensión de sobreviviente alegada, dadas las circunstancias en que se produjo la muerte presunta por desaparecimiento del causante y los escasos 3 meses 19 días que le restaban para cumplir el tiempo requerido, se procederá a su reconocimiento con base en el artículo 230 de la Constitución Política se aplicará el criterio auxiliar de la equidad.

Prescripción de los derechos

El Decreto 097 de 1989 consagraba en el artículo 98 la prescripción entre otras de las mesadas pensionales a partir de los 4 años desde que la obligación se hiciera exigible. No obstante, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 12 de junio de 1990, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greffenstein. Por tanto, se debe acudir al artículo 113 del Decreto 2063 de 1984, que textualmente señala:

«[...] ARTÍCULO 112. PRESCRIPCIÓN. El derecho a reclamar las prestaciones unitarias y las mesadas de las prestaciones periódicas consagradas en este estatuto, prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años, contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. [...]»

Al aplicar la norma transcrita y, de conformidad con el material probatorio obrante en el plenario operó la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 6 de septiembre de 2008, por las siguientes razones:

- Una vez causado el derecho se cuenta con un lapso de 4 años para reclamarlo ante la Administración y, posteriormente en sede judicial. Por ende, el hecho de solicitarlo ante la administración, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.



- En el presente caso, se observa que la demandante presentó la reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, el 6 de septiembre de 2012 (fls 207-209 C.1), es decir, transcurrieron más de 3 años entre la fecha presunta de muerte del causante (18 de marzo de 1990) y, la presentación de la solicitud.
- Por lo tanto, se configuró la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de septiembre de 2008.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

En aplicación del criterio auxiliar de la equidad para reconocer la pensión de sobreviviente de la señora Zunilda Cardoso Olaya en calidad de cónyuge supérstite del agente Joselín Losada Cubillos (q.e.p.d.), se revocarán los ordinales segundo²³ y quinto²⁴ de la sentencia de primera instancia y, se impartirán las siguientes órdenes:

1. Se declarará la nulidad del Oficio S 2012-297419/ARPE.GROIN 22 expedido por la Policía Nacional en cuanto negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Zunilda Cardoso Olaya.
2. Se ordenará a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Zunilda Cardoso Olaya a partir del 18 de marzo de 1990 (fecha de la muerte presunta del causante), pero con efectos fiscales a partir del 6 de septiembre de 2008 por la prescripción cuatrienal. La liquidación se realizará conforme al artículo 101 del Decreto 2063 de 1984, esto, es correspondiente el 50% del monto de las partidas señaladas en el artículo 98 del mismo decreto y se reconocerá en su totalidad a la demandante toda vez se extinguió el derecho frente a sus hijos.

²³ El cual reza así: «[...] Segundo: Declarar probada la excepción de inexistencia del derecho en relación con la pensión de sobreviviente, porque no se cumplen los requisitos para tal fin. [...]» (f. 280, C.2)

²⁴ El cual indica «[...] Quinto: negar las demás pretensiones [...]» (f. 280,C.2)



3. Se declarará probada de forma parcial la excepción de prescripción respecto a las mesadas pensionales causadas antes del 6 de septiembre de 2008.
4. Se ordenará que las sumas que resulten a favor de la demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se pagará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5. A la sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 192 del CPACA.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección revocará parcialmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar se accederá a la pretensión de la demanda, referente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Igualmente se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción en lo relacionado con las mesadas pensionales causadas. Se confirmará en lo demás el fallo de primera instancia.



De la condena en costas.

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección²⁵ en el presente no se impondrá condena en costas en segunda instancia a cargo de la entidad demandada, toda vez que a pesar que resulta vencida en el proceso de la referencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y ello se realiza por razones de equidad. Lo anterior, conforme el ordinal 5.º del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

FALLA

Primero: Revocar los ordinales segundo y quinto de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro de la demanda presentada por la señora Zunilda Cardozo Olaya en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

Segundo: Declarar la nulidad de del Oficio S 2012-297419/ARPE.GROIN 22 expedido por la Policía Nacional en cuanto negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Zunilda Cardoso Olaya.

Tercero: Ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Zunilda Cardozo Olaya a partir del 18 de marzo de 1990 (fecha de la muerte presunta del causante) pero con efectos fiscales a partir del 6 de septiembre de 2008 por la prescripción cuatrienal.

²⁵ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.



La liquidación se realizará conforme al artículo 101 del Decreto 2063 de 1984, esto, es correspondiente el 50% del monto de las partidas señaladas en el artículo 98 del mismo decreto, y se reconocerá en su totalidad a la demandante toda vez se extinguió el derecho frente a sus hijos.

Cuarto: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a las mesadas pensionales causadas antes del 6 de septiembre de 2008.

Quinto: Ordenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional actualizar las sumas que resulten a favor de la demandante, con base en la fórmula que indicada en la parte considerativa de esta providencia.

Sexto: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Octavo: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Noveno: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ