



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N°: 70001-33-33-003-2014-00073-00
Demandante: Midalis María Ligardo de Semacaritt.
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional.

Tema: Aplicación del régimen general en pensión sobre el régimen especial /Pensión de sobrevivientes / principio de irretroactividad de la Ley.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA DEMANDA:

1.1.1. Partes.

- Demandante: **Midalis María Ligardo de Semacaritt**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.151.902, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada. **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.**

¹ Folio 1

1.1.2. Pretensiones².

Primero: Que se declare la nulidad de la resolución Nro. 687 del 12 de marzo de 2012, la cual negó de plano el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT, en calidad de madre del infante voluntario fallecido LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO por ser violatorio de la Constitución y la Ley.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior, se declare probado el silencio administrativo negativo, y la nulidad del acto ficto, en tanto que la solicitud de pensión de sobrevivientes con radicación Nro. 100 del 15 de noviembre de 2013, elevada por la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT, donde solicita el pago de la pensión vitalicia por la muerte de su hijo el infante de marina voluntario LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO fue negada por la Armada Nacional.

Tercero: Que a título de Restablecimiento del Derecho se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT, en calidad de madre del causante, como beneficiaria con retroactividad al día siguiente de la muerte, esto es el 07 de marzo de 1994, teniendo en cuenta que se presentó el fenómeno de la interrupción de la prescripción con la petición inicial, esto es, el 23 de mayo de 2011. Al aplicar el principio constitucional de favorabilidad, se debe hacer frente a lo contemplado en los artículos 288, 46, 48 y siguientes de la Ley 100 de 1993, vigente al momento de los hechos.

Cuarto: Que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, a reconocer y pagar a la parte actora, todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, prima semestral y de navidad incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados, para los demandantes sin ordenar ningún reembolso de los dineros pagados como indemnización, o compensación, porque así lo ha manifestado la jurisprudencia.

² Ver folios 26-27

Quinto: Que la entidad demandada sea condenada en costas, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.1.3 Hechos³:

Afirma la parte actora, que el señor LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d) había sido incorporado legalmente en el ministerio de Defensa-Armada Nacional; como infante de marina voluntario (IMVL) el día 01 de enero de 1992, prestando sus servicios hasta el día de su muerte el día 06 de marzo de 1994.

Indica que pertenecía a la primera Brigada de I.M., acantonada en el municipio de Corozal, Departamento de Sucre; último lugar donde prestó sus servicios, según informe administrativo.

Argumenta que con motivo del deceso del joven militar SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d) la entidad demandada adelantó una investigación administrativa interna, denominada informe administrativo por muerte, siendo calificada la misma como en actos fuera del servicio o los reglamentos.

Adiciona, que a la fecha de retiro por defunción, el infante de marina SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d) era soltero y no tenía hijos; en virtud de lo anterior, la accionante fue reconocida como beneficiaria de las prestaciones sociales mediante resolución Nro. 13369 del 28 de diciembre de 1994.

1.1.3. Disposiciones violadas:

Con la actuación del Estado descrita en los acápites anteriores, violó de manera flagrante y ostensible los artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; la Ley 100 de 1993 artículos 46, 47, 48 y 288; y la Ley 238 de 1995.

1.1.4. Concepto de la violación:

Argumenta que los actos administrativos demandados proferidos por la Armada Nacional, exponen una violación flagrante al principio constitucional de favorabilidad, consistente en que la entidad tenía la obligación, de aplicar el principio de la referencia, porque era de su conocimiento que el régimen especial

³ Folios 25-26

que le aplico para el reconocimiento de sus prestaciones sociales, esto es el Decreto 2728/68 y la Ley 131/85, Decreto 1793; no contemplaban el derecho a la pensión de sobrevivientes, por la muerte ocurrida en actos diferentes al servicio, en cotejo con la Ley 100 de 1993 que para el caso de muertes en las mismas circunstancias del presente caso, concede la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado ha cotizado 26 semanas al momento de la muerte, ampliamente superadas por el joven militar contadas hasta el momento del deceso.

Indica que el régimen especial de los infantes de marina voluntarios, de la Armada Nacional referenciado, en ninguna de sus normas concede el derecho a que sus familiares disfruten la pensión de sobrevivientes, cuando estos fallecen en simple actividad. En una evidente violación de todos los derechos prestacionales, el estado Colombiano estableció el servicio militar voluntario, o comúnmente llamado de soldados profesionales, mediante el decreto 2157 de 1985; y en ninguna de sus posteriores normas, complementarias antes del año 2004 creo el régimen pensional para los mismos.

Arguye que fue solamente hasta el 30 de diciembre del año 2004, mediante la Ley marco número 923 el Congreso de la República, creo las normas y criterios para fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública. Adiciona, que el Decreto 4433/2004, es el reglamentario de la Ley 923, y este ya tipifico en su artículo 21; la muerte de los infantes o soldados profesionales en simple actividad; y los derechos que le asiste a los beneficiarios, entre ellos la pensión mensual. De todo lo anterior se concluye y se ratifica que el gobierno creo los infantes o soldados voluntarios, pero no fijo su régimen pensional hasta el año 2004, teniendo vigencia el mismo, a partir del 7 de agosto del año 2002. Esta actuación es una flagrante violación de los derechos laborales de cualquier trabajo, en cualquier estado.

En otro sentido, la Ley 100 de 1993, conocida como el régimen general, en su artículo 288 concede el derecho a los militares profesionales como servidores públicos que son, a que les sea aplicable la norma que considere favorablemente ante el cotejo, con lo dispuesto en leyes anteriores. El artículo 46 literal a exige a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, que el causante hay cotizado 26 semanas al momento de su muerte.

Como el régimen especial de la Armada Nacional (Decreto 2728 de 1968) aplicando a la demandante es desfavorable, por no contemplar la pensión de sobrevivientes para los infantes que fallecen en simple actividad, y perpetua un tratamiento inequitativo, frente a la exigencia de la ley general, de únicamente 26 semanas cotizadas la jurisprudencia reiterada.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada en oficina judicial el 26 de marzo de 2014, correspondiéndole por reparto a este despacho.⁴
- La demanda fue inadmitida el 21 de abril de 2014⁵, en virtud de lo anterior la parte demandante presentó memorial subsanando⁶; por lo cual la demanda fue admitida el 22 de mayo de 2014⁷; el apoderado de la parte demandante aportó los gastos procesales indicados en el auto admisorio.⁸
- El 04 de julio de 2014 fue notificada presente demanda a las partes.⁹
- El 15 de agosto de 2014 es aportada la prueba testimonial extraprocesal.¹⁰
- La entidad demandada presentó memorial el 19 de septiembre de 2014 contesto la demanda dentro del término concedido.¹¹
- El 29 de octubre de 2014 se corrió traslado de las excepciones propuesta por la entidad demandada¹²; a lo cual la parte demandante se pronunció dentro del término.¹³
- Mediante auto del 18 de febrero de 2015, se señaló como fecha para audiencia inicial¹⁴.
- El 27 de agosto de 2015 se celebra audiencia inicial, se incorporaron las pruebas, se cerró el debate probatorio y se ordenó correr traslado para alegar dentro de la audiencia¹⁵.

⁴ Folios 40

⁵ Folio 43

⁶ Folio 45-

⁷ Folios 51

⁸ Folio 53-54

⁹ Folio 55-62

¹⁰ Folio 63-74

¹¹ Contestación presentada el 19 de septiembre de 2014 folios 79-87.

¹² Folio 122

¹³ Folio 123-131

¹⁴ Folio 136

¹⁵ Folio 143-149

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁶:

En consideración a los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto, séptimo, octavo indica ser ciertos. Argumenta que los hechos quinto y décimo no son ciertos; y que el hecho noveno no le consta.

En cuanto a las pretensiones, se tiene que si bien es cierto, a la fecha de su muerte el señor LIBARDO SEMACARITT LIGARDO, ostentaba la calidad de soldado voluntario y con posterioridad a su muerte, el ascenso a cabo segundo, este ascenso según lo aclara la misma resolución, se le otorga de manera honorífica, honrando su memoria, según lo determina el decreto 2728 de 1968 en su artículo 8.

En todo caso la sola presentación de la petición a la que se hace referencia, mediante la cual se reclama el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT, no da por agotada la vía gubernativa, toda vez que no se instauraron oportunamente los recursos contra el verdadero acto administrativo, la resolución Nro. 13369 del 28 de diciembre de 1994, que reconoció y ordenó el pago de las respectivas prestaciones a los beneficiarios, de conformidad con el Decreto 2728 de 1968; vigente para la época en que muere el SOLDADO VOLUNTARIO, el 23 de mayo de 2002.

Indica que se opone a las pretensiones, toda vez que, no es procedente el reconocimiento de la llamada pensión de sobrevivientes, reclamada por la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARRIT toda vez que en primer técnico, no se instauraron los recursos pertinentes, en contra del verdadero acto administrativo que no reconociera la pensión de sobrevivientes, esto es la resolución prestacional.

En todo caso, argumenta que no es procedente el reconocimiento de la llamada PENSION DE SOBREVIVIENTES, toda vez que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se exceptúa de manera expresa del sistema integral de seguridad social al personal de las fuerzas militares y de la Policía Nacional; En consecuencia el personal de las Fuerzas Militares no pertenece al sistema integral de seguridad; por consiguiente no cotiza para efectos de pensión; se encuentran sometidos a un régimen especial, que amerita el cumplimiento de unos requisitos

¹⁶ Folio 79-86

para acceder a la misma y tal como se demostró en el caso del joven LIBARDO SEMACARITT LIGARDO, se hallaba vigente el decreto 2728 de 1968, que contemplaba el reconocimiento en caso de muerte en combate el pago de la compensación por muerte; no así la pensión de sobreviviente que solo se empezó a reconocer para soldados que ingresaran a prestar el servicio militar obligatorio con posterioridad en vigencia de la Ley 447 de 1998 el 21 de julio de 1998.

Presenta como excepciones la de CARENCIA DE DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA y la de INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO-PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES.

En cuanto a la excepción de CARENCIA DE DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA, indica que no le asiste al demandante tal derecho, ya que las Fuerzas Militares, contaban con un grupo de soldados voluntarios, a quienes les era aplicable la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, estos no tenían la calidad de empleados o servidores y en esa medida solo recibían una suma mensual a título de BONIFICACIÓN más nunca se les reconoció un salario y por ello no tenían derecho a prestaciones sociales.

En consideración a la excepción de INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO-PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES; en virtud de que el señor LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) era soldado voluntario, murió el 6 de marzo de 1994, su deceso se dio cuando salió sin ningún permiso, dejando sus uniformes y armamento en la unidad y posteriormente fue muerto en la ciudad de Cartagena el día 6 de marzo de 1994, lo que indica la muerte de SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) se presentó en actos realizados contra la Ley, el reglamento o la orden superior.

Los demandantes no presentan solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes solo de conformidad a la petición aportada lo hacen hasta el 15 de septiembre de 2013, lo que hace pensar que no puede el demandante reclamar desde dicho reconocimiento las mesadas pensionales que debía pagar el ministerio de Defensa por la muerte en Simple Actividad del SOLDADO VOLUNTARIO.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

1.4.1. Parte demandante: Planteo sus alegatos sobre lo indicando en el escrito de la demanda ver Cd. Aud Inicial visible a folio 150 min: 35:40-37:20.

1.4.2. Parte demandada: Planteo sus alegatos sobre lo indicando en la contestación de la demanda ver Cd. Aud Inicial visible a folio 150 min: 38:10-42:20.

1.4.3. Ministerio Público: No asistió a la audiencia Inicial.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento del fondo del proceso, se pronuncia el Juzgado sobre los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa, los cuales fueron revisados en la audiencia inicial.

2.1.1. Competencia:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.1.2. Caducidad.

Por tratarse de un asunto de pleno derecho, no hay lugar a revisar caducidad dentro del presente medio de control.

2.1.3. Requisito de Procedibilidad.

En virtud de que la parte demandante pretende el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes producto de la muerte del I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.), no hay lugar de exigir el requisito de procedibilidad.

2.1.4. Legitimación en la causa.

La legitimación en la causa por activa y por pasiva se encuentra debidamente probada respecto de **MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT**, quien ostenta la calidad de madre de I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).

La legitimación en la causa por pasiva, igualmente se encuentra acreditada, por ser LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL. La entidad la cual profirió los actos los cuales fueron demandados.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se pretende la nulidad de la **resolución 687 del 12 de marzo de 2012** proferida por la entidad demandada, y mediante la cual se negó de plano el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora MIDALIS MARIA LIGARDO DE SEMACARITT, en calidad de madre del I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).

2.3. DE LAS PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO:

Los siguientes documentos se aportaron en copias certificadas por el funcionario competente y algunos en copia simple, no siendo esto último óbice para su valoración de acuerdo con la jurisprudencia vigente, teniendo en cuenta que no tuvo lugar tacha ni reparo alguno sobre los respectivos documentos:

- Derecho de petición con solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, radicada en la entidad el 18/11/2013.¹⁷
- Derecho de petición con solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, radicada en la entidad el 23 de mayo de 2011.¹⁸
- Resolución Nro. 687 del 12 de marzo de 2012 por medio de la cual la entidad demandada, resolvió la solicitud de pensión de sobrevivientes, negando la solicitud¹⁹.
- Resolución Nro. 13369 del 28 de diciembre de 1994, por medio de la cual se reconoció y ordeno el pago de prestaciones sociales a los padres del I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).²⁰

¹⁷ Folio 2-3

¹⁸ Folio 4-13/17

¹⁹ Folio 15-16

- Informe Administrativo por Muerte de I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) del 28 de marzo de 1994²¹, en el cual se indicó:

“1. HECHOS: El día 03 de marzo de 1994 el IMVL SEMACARITT LIGARDO salió sin ningún permiso, dejando sus uniformes y armamento en esta Unidad; y posteriormente el 06 de marzo de 1994 fue muerto en la ciudad de Cartagena, conforme al registro civil de defunción expedido por la Notaria Segunda ese círculo.

2. CIRCUNSTANCIAS DE LA NOVEDAD: La muerte del IMVL LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO, se presentó en actos realizados contra la ley, el reglamento o la orden superior (literal d, artículo 35, decreto 94 de 1989).”

- Registro Civil de Nacimiento del I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).²²
- Registro Civil de Defunción de del I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).²³
- Prueba Anticipada de recepción de testimonio llevada cabo por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.²⁴
- Expediente prestacional a nombre del extinto LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.).²⁵

2.4. PROBLEMA JURÍDICO:

Dentro del presente proceso consiste en determinar:

¿Si la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes producto de la muerte de su hijo, aplicando normas del régimen general en pensiones?

²⁰ Folio 18-19

²¹ Folio 20

²² Folio 21.

²³ Folio 22

²⁴ Folio 63-74

²⁵ Folio 97-121

De ser afirmativa la anterior, *¿es posible la aplicación de las normas del régimen general en pensiones, cuando el causante falleció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley que se pretende aplicar?*

Para resolver el presente caso, seguiremos el siguiente hilo conductor hará alusión a i) Pensión de sobrevivientes ii) Caso en Concreto y aplicación del principio de irretroactividad de la Ley.

2.5. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado 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.

En este contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto de general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil.

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.

Sobre este particular la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”

Así mismo debe decirse, que la noción de contingencia derivada por la muerte de un empleado no es ajena al régimen prestacional aplicable a las Fuerzas Militares. En efecto, como se verá más adelante, los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, establecen en cada caso concreto una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los soldados regulares y los oficiales y suboficiales muertos en desarrollo de actos propios del servicio, entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobreviviente.

3. CASO EN CONCRETO.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el joven LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO prestó servicio militar en la base de entrenamiento de la Armada Nacional, durante 2 años, 2 meses y 05 días²⁶.

Los señores MIDALIS MARIA LIGARDO REBOLLEDO Y JOSE LIBARDO SEMACARITT RODRIGUEZ contrajeron matrimonio religioso el 1 de marzo de 1970²⁷; unión en la que se procreó el joven LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO, nacido el 03 de septiembre de 1970²⁸

El 06 de marzo de 1994 falleció el joven LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO, como consta en el registro civil de defunción²⁹, razón por la cual la demandante reclamó el reconocimiento y pago de los derechos causados con ocasión de su muerte.

²⁶ Folio 100

²⁷ Folio 112

²⁸ Folio 21

²⁹ Folio 22

Mediante la Resolución 687 de 12 de marzo de 2012³⁰ el Ministerio de Defensa negó el reconocimiento de la pensión reclamada. Sostuvo que Informe Administrativo por Muerte de I.M. LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) del 28 de marzo de 1994³¹, en el cual se indicó:

“1. HECHOS: El día 03 de marzo de 1994 el IMVL SEMACARITT LIGARDO salió sin ningún permiso, dejando sus uniformes y armamento en esta Unidad; y posteriormente el 06 de marzo de 1994 fue muerto en la ciudad de Cartagena, conforme al registro civil de defunción expedido por la Notaria Segunda ese círculo.

2. CIRCUNSTANCIAS DE LA NOVEDAD: La muerte del IMVL LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO, se presentó en actos realizados contra la ley, el reglamento o la orden superior (literal d, artículo 35, decreto 94 de 1989).” (Negrillas propias)

De igual forma en la mencionada resolución la entidad demandada menciona que la Ley 131 de 1985 por medio de la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, consagra:

“(…) el soldado o grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dichos grado y al pago doble de la cesantía. A la muerte de un soldado o grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponderá a un cabo segundo o marinero. A la muerte de un soldado o grumete en servicio por causas diferentes a la enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo que en todo caso corresponda a un cabo segundo o marinero” (Negrillas y subrayado propio)

Que teniendo en cuenta la fecha de la muerte del joven LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) en materia pensional el causante se regía por el Decreto 2728 de 1968, que no confería el derecho a pensión por la muerte de soldados o grumete.

³⁰ Folio 15

³¹ Folio 20

De conformidad con lo expuesto, es claro para el despacho que el joven LIBARDO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d.) al momento de su fallecimiento era beneficiario del régimen especial que cobija a los miembros de dicha Institución, contenido en la citada Ley 131 de 1985, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968

No obstante, el reconocimiento pensional que se reclama es el establecido en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto original era el siguiente:

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

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

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; (...)”

La disposición anterior fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 1993, en cuyo numeral 2º estableció:

“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: (...)”

En consideración a la aplicación por favorabilidad del régimen general sobre el régimen especial, el H. Consejo de Estado en providencia del 19 de febrero de 2015, indico:

“La jurisprudencia de esta Corporación³² ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías

³² Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero ponente LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicación No. 76001-2331-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).

que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Pulgarín son las que estaban vigentes el 16 de noviembre de 1992, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

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

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

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir frente a 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 comenzó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior³³, 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 la forma que antecedente, se acoge lo dispuesto por esta Sala en la Sentencia del 25 de abril de 2013 EXP.1605-09, con ponencia de quien redacta la presente, en la que se rectificó la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010³⁴ y noviembre 1º de 2012³⁵, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

Esta tesis ha sido aplicada en diversas oportunidades por esta Corporación en los siguientes términos:

“Ciertamente, en materia de configuración legislativa en torno a la seguridad social, la carta le reconoce al legislador un amplio margen de configuración, al sostener en el artículo 48 que la seguridad social deberá prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, “en los términos que establezca la Ley”, otorgando así una competencia específica al legislador y reconociéndole un amplio

³³ Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

³⁴ Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

³⁵ Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general”.

margen de libertad de configuración para regular la materia. No obstante, es obvio que la libertad de configuración legislativa en ese campo no es absoluta, sino que, por el contrario, encuentra límites sustanciales que delimitan su actuación en aras de proteger los principios básicos del Estado Social de Derecho, de suerte que se le impone un superior grado de responsabilidad social y política. Por tanto, la previsión de establecer un mínimo de cotización, así como una serie de porcentajes y sumas que cubren el riesgo de muerte, debe reportar un beneficio progresivo que favorezca a la colectividad. Específicamente en este caso, lo que se busca es que las contingencias de quien fallece, no repercutan aún de mayor manera contra quienes se encuentran en grave situación involuntaria de necesidad y requieren un trato protector, que les permita continuar con una pervivencia digna.

En este caso, se aumentó el número de semanas cotizadas y se estableció un nuevo requisito de fidelidad al sistema, esto es, una cotización con una densidad del 20% y del 25% del tiempo transcurrido entre los extremos que la ley señala, desconociendo que esa exigencia no puede ser cumplida en igualdad de condiciones; por ejemplo, si una persona al fallecer por enfermedad tiene 40 años de edad, debe contar con un mínimo de 5 años de cotizaciones, que correspondería al 25% del tiempo cotizado, el cual se ve incrementado en la medida que pasen los años, pues siguiendo el mismo ejemplo si el afiliado al fallecer cuenta ya no con 40 sino con 60 años de edad, el requisito correspondiente al 25% del tiempo, ascendería a 10 años de cotizaciones. (...).”.

Así las cosas, si bien es cierto la Ley 100 de 1993, consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora Aleida María Palacio Palacio, es de resaltar que esta norma entró en vigencia el 1° de abril de 1994, lo que significa que al momento del fallecimiento del señor José Mauro Criollo Yaqueno (27 de diciembre de 1990) la disposición aplicable es el Decreto 1213 de 1990, norma que estaba rigiendo.

Esta Corporación en Sala Plena de 25 de abril de 2013, frente al criterio de la Retrospectividad, rectificó este argumento que había sido adoptado, señaló que en materia de sustitución pensional no se podía dar aplicación a una Ley posterior, dado que la norma que debe tenerse en cuenta es la vigente al momento del deceso³⁶”³⁷

En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el **06 de marzo de 1994** falleció el joven LIBARDO ANTONIO SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d), como consta en el

³⁶ Sentencia del 14 de julio de 2013 Exp.2285-12 Cp. Bertha Lucia Ramírez de Páez

³⁷ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, providencia del 19 de febrero de 2015; radicado: 05001-23-31-000-2011-00501-01(3533-13)

registro civil de defunción³⁸, y que la Ley 100 de 1993 que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el **1º de abril de 1994**, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

Y que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado; por lo cual puede concluir este despacho que en el presente caso el joven SEMACARITT LIGARDO (q.e.p.d) falleció antes de la entrada en vigencia de la norma que se pretende aplicar, no tiene derecho la demandante al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; por lo cual se declarará probada la excepción de CARENANCIA DE DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA y la de INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO-PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES, propuesta por la entidad demandada.

4. CONDENAS EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la entidad demandada, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones reclamadas³⁹, equivalentes a la suma de OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$82.530), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

³⁸ Folio 22

³⁹ Estimada en \$8.253.000- Folio 39

5. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárense probada la excepción de CARENANCIA DE DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA y la de INACTIVIDAD INJUSTIFICADA DEL INTERESADO-PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES, propuesta por la entidad demandada por lo expuesto previamente.

SEGUNDO: NIEGANSE las suplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 361, 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$82.530), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

CUARTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA

JUEZ