



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Veintisiete (27) de agosto dos mil veinte (2020)

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO DE VERGARA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 125

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por la señora PABLA GALINDO DE VERGARA, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, elevando las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 0165 del 5 de enero de 2017, que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la demandante, en calidad de madre del causante.
2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a la señora PABLA GALINDO, en calidad de madre del militar, con retroactividad al día siguiente de la muerte, esto es el 17 de mayo de 1999.
3. Se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, el pago de todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, prima semestral, prima de actividad y de navidad incluyendo el valor de todos los factores salariales y los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados.

¹ Folios 23-45

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

Señaló que el señor UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO había sido nombrado legalmente al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 1° de julio de 1997, laborando continuamente hasta el 17 de mayo de 1999, fecha de su muerte. El causante pertenecía al Batallón de Contraguerrillas No. 50, guarnición Popayán, donde sería su último lugar de prestación de servicios.

Sostiene que el deceso del soldado voluntario UBALDO JOSE GALINDO ROMERO fue calificado por su propia institución como simplemente en actividad.

Indica que según la hoja de prestación de servicios, el soldado voluntario prestó sus servicios durante un año, diez meses y dieciséis días.

Considera que el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, al negar la solicitud pensional violó los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas: los artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política de 1993, y los artículos 46, 47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993.

Como concepto de violación expuso lo siguiente:

Considera que el acto administrativo demandado violó de manera flagrante los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, dado el régimen especial para los soldados del Ejército Nacional fallecidos simplemente en actividad, esto es el Decreto 2728 de 1968, no tiene contemplada la pensión de sobrevivientes, 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.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993, conocida como el régimen general, en su artículo 288, concede el derecho a los soldados del Ejército Nacional, como servidores públicos que son, a que les sea aplicable la norma que considere favorable ante el cotejo, con lo dispuesto en otras leyes. Entonces, como el régimen especial de los soldados del Ejército Nacional aplicado a la demandante es desfavorable por no tener contemplada la pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han establecido como precedente obligatorio la aplicación del principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política.

2.- Contestación de la demanda²

A través de apoderada judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

Señala que si bien es cierto a la fecha de su muerte el señor UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO, ostentaba la calidad de soldado voluntario y con posterioridad a su muerte el ascenso a cabo segundo, mediante Resolución No. 01699 de fecha 8 de mayo de 2000, según lo determina el Decreto 2728 de 1968; con la petición que se reclama el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, no se da por agotada la vía administrativa toda vez que no se interpusieron oportunamente los recursos contra el verdadero acto administrativo, Resolución No. 01699 de fecha 8 de mayo de 2000, que reconoció y ordenó el pago de una compensación por muerte, reconocimiento de cesantía doble y el ascenso póstumo. En ese sentido, se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Refiere que no es el oficio impugnado el que crea una situación jurídica nueva y no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, ya que del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se exceptúa de manera expresa el sistema integral de seguridad social al personal de las fuerzas militares y de la policía nacional. Por lo tanto, el personal de las fuerzas militares no pertenece al sistema integral de seguridad social por consiguiente no cotiza para efectos de pensión; se encuentran sometidos a un régimen especial que amerita el cumplimiento de unos requisitos para acceder a la misma y para el caso del soldado GALINDO ROMERO, se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968.

Como excepciones formuló las siguientes:

- Excepción de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación demandada: reitera que los soldados voluntarios 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 salario y por ello tenían derecho a prestaciones sociales. +
- Excepción de inactividad injustificada del interesado – prescripción de las mesadas pensionales: considera la mandataria judicial de la demandada que existe prescripción de derechos laborales, ya que desde el momento en que se realizó el ascenso póstumo a cabo segundo del Ejército y al no tener conformidad por lo mismo, ya que los demandantes recibieron una compensación por muerte reconocida por Resolución No. 01699 de fecha 8 de mayo de 2000, pudo haber instaurado las acciones correspondientes para recibir el reconocimiento de la pensión solicitada a la entidad.

² Folios 62-67 Cdo. Ppal.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 2 junio de 2017³; correspondiéndole por reparto el proceso al Juzgado⁴, siendo admitido mediante providencia del 19 de octubre de 2017⁵. La notificación de la demanda a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL se surtió el día 30 de octubre de 2017⁶. Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez se corrió traslado de las excepciones propuestas, la audiencia inicial se celebró el 13 de agosto de 2019⁷ citando a pruebas, la cual se llevó a cabo el 9 de septiembre de 2019⁸, en la que se declaró clausurada la etapa probatoria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para presentar por escrito los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora⁹

Dentro del término oportuno, el apoderado de la parte demandante presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Acepta que el Decreto 2728 de 1968 no contempla la pensión sobrevivientes con ocasión de la muerte de los soldados fallecidos; no obstante, la aplicación de las normas aludidas que forman parte del régimen especial creado para las fuerzas militares constituye una transgresión de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad pues la jurisprudencia ha establecido que si el Ministerio de Defensa aplica a sus miembros un régimen especial y este contiene un tratamiento inequitativo y menos favorable que el régimen general de los demás trabajadores, se debe proteger a los primeros en aras de los principios constitucionales aplicando el régimen general más beneficioso.

Así, conforme al artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los soldados profesionales en su calidad de servidores públicos son susceptibles de que les sea aplicable la norma más beneficiosa para su situación ante la confrontación con lo dispuesto en leyes anteriores.

Frente a la prescripción sostiene que al haberse solicitado por escrito la pensión de sobrevivientes ante la entidad el 22 de noviembre de 2016, el pago de las mesadas pensionales para la señora PABLA GALINDO debe efectuarse desde el

³ Fl.- 48 cdno ppal.

⁴ Fl.- 48-49 cdno ppal.

⁵ Fls.- 55-56 cdno ppal.

⁶ Fl.- 60 cdno ppal..

⁷ Fls.- 122-130 cdno ppal.

⁸ Fls.- 136-137 cdno ppal.

⁹ Fls.- 116-117 cdno ppal.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

22 de noviembre de 2012. En consecuencia, se ratifica en las pretensiones de la demanda.

4.2. De la parte demandada¹⁰

La apoderada de la parte demandada argumentó los alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Considera que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, 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. En ese sentido, considera que el régimen aplicable en el presente caso es la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991 y los soldados voluntarios tenían derecho a una compensación por muerte. Igualmente refiere la apoderada de la entidad demandada que durante el tiempo que la entidad reconoció ascender en forma póstuma al grado de Cabo Segundo del Ejército Nacional al SLV UBALDO JOSE GALINDO ROMERO por medio de la Resolución No. 01699 de fecha 8 de mayo de 2000, los demandantes no presentaron solicitud alguna sobre el reconocimiento de pensión de sobrevivientes solo de conformidad a la petición aportada lo hacen hasta el 16 de noviembre de 2016, por lo que no puede reclamar desde dicho reconocimiento las mesadas pensionales que debía pagar el Ministerio de Defensa por la muerte simplemente en actividad del soldado voluntario.

Frente a la prescripción señala que debe acudirse al término que contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establece un término de 4 años.

Finalmente hace referencia a que el testimonio del señor WALTER RANGEL es contradictorio al del señor LUIS CARLOS CASTRO, existiendo una diferencia grande cuando manifestaron sobre el tiempo en que la señora PABLA GALINDO ya no reside en un lugar. Señala que no está demostrada dentro del proceso la dependencia económica de la señora PABLA con su hijo UBALDO JOSÉ GALINDO, ya que los testigos indicaron que la mencionada tiene más hijos y que en el momento se encuentra viviendo con uno de ellos y ella depende de PEDRO.

5. Concepto del Ministerio Público

No se pronunció en esta etapa procesal.

¹⁰ Fls.- 141-144 cdno ppal.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, como en el caso bajo estudio, no están sujetos a la regla de caducidad, y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el Soldado Voluntario (r) UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Le corresponde al Juzgado determinar ¿Si debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0165 del 5 de enero de 2017, mediante la cual la entidad accionada resolvió declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes, a favor de la señora PABLA GALINDO, para ello se estudiará si debe aplicarse por principio de favorabilidad las prescripciones de la Ley 100 de 1993 y procederse al reconocimiento de la pensión reclamada. En caso de ser procedente el reconocimiento habrá de efectuarse pronunciamiento de la excepción de prescripción, elevada por la defensa de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

3.- Tesis del Despacho

Conforme a la normatividad y a la jurisprudencia aplicable al presente asunto, unos de los requisitos fundamentales para que los padres del causante tengan derecho al reconocimiento a una pensión de sobrevivientes, es la dependencia económica de los beneficiarios frente al fallecido. Requisito que comprende: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.

Frente al mencionado requisito de las pruebas recaudadas en el proceso, la judicatura evidencia que la señora PABLA GALINDO quien acude en calidad de

demandante, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO, quien prestó sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Voluntario por el lapso de 1 año 10 meses y 16 días, siendo la fecha de su deceso el 17 de mayo de 1999, calificada simplemente en actividad, por lo que es procedente la aplicación del régimen general contemplado en la Ley 100 de 1993.

4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

4.1. De la pensión de sobrevivientes

El artículo 48 de la Constitución Política dispuso que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

La Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar¹¹.

Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Así, los artículos 46 y 47 ibídem, exponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

¹¹ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

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

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

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

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

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos

con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados **INEXEQUIBLES**> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y ~~cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado **INEXEQUIBLE**> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."

Cabe destacar que la normatividad referida, prevé dos supuestos de hecho claramente diferenciables, como se ilustra a continuación:

El primero hace alusión a la prestación que se deriva de la muerte de quien ya estaba pensionado sea por vejez o invalidez, la cual podría denominarse como la sustitución pensional propiamente dicha, toda vez que no se genera una prestación nueva, sino que se trata de la misma prestación que se pagaba al fallecido. Este supuesto está contemplado en el ordinal 1.º de la norma en comento.

El segundo, se refiere a la prestación que reciben los beneficiarios con ocasión del deceso del pensionado, que encaja de manera más propia en la definición de pensión de sobrevivientes, y en la que se trata de una nueva prestación, supuesto que encaja en la previsión del ordinal 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 ibídem, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e.) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

En el Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, precisa las prestaciones **por muerte en actividad**, clasificándolas en:

- Muerte en combate (artículo 189)
- Muerte en misión del servicio (artículo 190)
- Muerte simplemente en actividad (artículo 191): muerte ocurrida en actividad por causas diferentes a las ocurridas en los numerales anteriores.

Así, para el caso del personal clasificado en muerte simplemente en actividad; se precisan las siguientes a reconocer:

1. Una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 ejusdem.
2. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.
3. Si el Oficial o Suboficial 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 el grado y tiempo de servicio del causante.

Finalmente, debe advertirse que la pensión de sobrevivientes no se consagró de igual manera para todos los miembros de las Fuerzas Militares, especialmente en los casos de muerte simplemente en actividad, previendo un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales, lo cual será resuelto en el caso en concreto cuando se estudie la aplicación del principio de favorabilidad en los casos de los soldados voluntarios fallecidos bajo la clasificación simplemente en actividad.

4.2.- Del principio de favorabilidad:

La Corte Constitucional ha sido en fática en sus diversas providencias en indicar que la norma aplicable en los casos de pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y de encontrarse dos normas vigentes ha de aplicarse el principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad es uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política. Bajo esta óptica la jurisprudencia constitucional ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento¹².

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

¹² Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

Frente al mencionado principio, el Consejo de Estado ha indicado que los regímenes pensionales especiales encuentran limitantes impuestas en virtud de la aplicación de principios superiores como la igualdad y la favorabilidad, tal y como pasa a exponerse:

“En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado ha admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios¹³.

Adicionalmente, ha indicado que quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a aquellos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios¹⁴.

No obstante, es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos:

(i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede (sic) concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.”

¹³ Ver, entre otras, sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995 y providencia de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2017, radicación: 170012333000201300133 01 (0274-2014), actor: Mía Gladys Toro de Ramírez.

¹⁴ Sentencia C-956 de 2001.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, el principio de favorabilidad consagrado en el 53 Superior, viene de la mano con el principio de la inescindibilidad de la norma, el cual consiste en que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

Así, el Consejo de Estado¹⁵ ha sostenido que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando resulten más favorables¹⁶.

5. El caso concreto

En el caso bajo estudio, la señora PABLA GALINDO solicita se declare la nulidad del acto administrativo por el cual la accionada negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a raíz del fallecimiento de su hijo Soldado Voluntario GALINDO ROMERO UBALDO JOSÉ. En consecuencia a título del restablecimiento del derecho se les reconozca y pague la mencionada prestación económica en calidad de madre del causante.

Como se indicó en líneas anteriores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que en las Litis de pensión sobrevivientes, la norma aplicable es aquella vigente al momento del fallecimiento del causante.

De acuerdo al registro civil de defunción visible a folio 13 del cuaderno principal, se tiene que UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO falleció el 17 de mayo de 1999 en el Municipio de Puerto Wilches de Santander.

En el informe administrativo por muerte N° 0098 del 17 de mayo de 1999, suscrito por el Comandante Batallón de Contraguerrilla No. 45, en el que se expuso¹⁷:

¹⁵ Ver entre otras: i) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016, número interno 3420-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2008, número interno 1371-2007; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2008, número interno 3021-2004.

¹⁶ Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 13001233100020030008001 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: Jose Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

¹⁷ Fl.- 10 cdno ppal.

“CONCEPTO DEL COMANDANTE:

El día 17-18:30-Mayo-99, fue asesinado en el municipio de Puerto Wilches Departamento de Santander el Soldado Voluntario GALINDO ROMERO UBALDO JOSE CM. 85442665, perteneciente al Batallón de Contraguerrillas No. 50 “Batalla de Palonegro” agregado a esta Unidad Táctica por sujetos desconocidos cuando se encontraba disfrutando de un permiso autorizado por el Comando del Batallón de Contraguerrillas No. 45 “Héroes de Majagual” para que asistiera al entierro de una hermana en el municipio de Cantagallo (Sur de Bolívar) según el concepto médico (FALLECE POR H.A.F. PRECORDIAL CON OE Y O.S. NIVEL POSTERIOR QUE POR SU TRAYECTORIA ORIGINA LESIÓN MIOCARDICA CON TAPONAMIENTO CARDIACO Y HEMOTÓRAX ATENCIÓN CON CAUSA DIRECTA DE MUERTE POR ANEMIA AGUDA MÁS TAPONAMIENTO CARDIACO).

CIRCUNSTANCIA DE LA NOVEDAD: De acuerdo al Decreto 2728 de 1968 Art. 8 el deceso del Soldado Voluntario GALINDO ROMERO UBALDO JOSE CM: 85442665, ocurrió simplemente en actividad, cuando se encontraba disfrutando de un permiso autorizado por el Comando del Batallón de C/G No. 45 “Héroes de Majagual”.

En consecuencia de ello, la muerte del señor Soldado Voluntario UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO, se calificó como “Simplemente en actividad”, de conformidad al Decreto 2728 de 1968”¹⁸.

Para el momento en que falleció el Soldado Voluntario GALINDO ROMERO (17 de mayo de 1999) se encontraban vigentes dos regímenes, uno general como lo es la Ley 100 de 1993 y otro especial – Decreto 2728 de 1968 – artículo 8.

La Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 ibídem, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19. °, literal e) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

Sin embargo, el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios de los Policiales frente a las prestaciones por muerte de aquellos.

¹⁸ Fl.- 10 cdno ppal.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Debe advertirse que la pensión de sobrevivientes no se consagró de la misma manera para todos los miembros de las Fuerzas Militares, especialmente en los casos de muerte simplemente en actividad. En efecto, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio, en atención a las distintas particularidades de cada una de las vinculaciones.

Al respecto, el artículo 5 del Decreto 1211 de 1990, definió la jerarquía militar y clasificó a los miembros de las Fuerzas Militares en oficiales y suboficiales en diferentes grados y categorías según su vinculación al Ejército Nacional o la Armada Nacional o a la Fuerza Área. En ese punto, no hacen parte del grupo de suboficiales del Ejército Nacional los soldados voluntarios ni los profesionales, como tampoco los soldados regulares, bachilleres y campesinos.

En efecto, en los términos de la Ley 131 de 1985, los soldados voluntarios eran aquellas personas que habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y en tal condición quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Es de anotar que en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, al igual que en el de oficiales y suboficiales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares por muerte simplemente en actividad

Para los soldados voluntarios, el Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», en el artículo 8, señaló algunas prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de aquellos que mueren en servicio activo, en los siguientes términos:

«Artículo 8. 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 dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del 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 del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. [...]»

Como se puede observar, la citada normativa, no señaló el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado voluntario muerto en ninguno de los eventos. Y para el caso de la muerte simplemente en actividad, solo determinó una compensación por muerte equivalente a 24 meses de salario de lo que corresponda a un cabo segundo o marinero, según sea el caso.

El Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 191, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, señaló una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos simplemente en actividad, entre las que se encuentran una compensación equivalente a 2 años de haberes y el pago de las cesantías por el tiempo de servicio y, si hubiere cumplido por lo menos 15 de servicio, tendría derecho a una pensión liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro los miembros del grupo familiar del oficial o suboficial que fallezca en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión por vejez, el orden de beneficiarios que establece la precitada norma.

El régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990 no consagró una pensión para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad que no hubieren servido por los 15 años requeridos para el reconocimiento de una asignación de retiro.

De lo anterior se desprende que no fue sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004 que se consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes, de manera expresa, a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El contexto normativo en cuestión evidencia un vacío que limita el acceso a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en simple actividad antes de la expedición de la mencionada Ley 923 de 2004, dado que no existía una regla que expresamente consagrara este derecho.

Por otra parte, la Ley 100 de 1993 consagró en el artículo 46 el derecho a una pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que cumpla con las semanas mínimas de cotización.

Ahora, si bien el régimen general exceptúa de su ámbito de aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares en el artículo 279, también es cierto que en el artículo 288 ibídem, permite que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia esta le resulta más favorable y siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones. Esto genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del oficial o suboficial frente a las prestaciones por muerte en simple actividad de aquel.

En consecuencia, al efectuar una ponderación de ambos regímenes, se observa que, en aplicación de la regla de favorabilidad consagrada en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, debe dársele prevalencia a las normas generales que prevén una prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las incluidas en el Decreto 1211 de 1990.

Debe aclararse que la anterior situación solo es aplicable hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, momento a partir del cual se reguló una pensión de sobrevivientes en caso de muerte simplemente en actividad de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, según el artículo 21 ibídem.

Así las cosas, el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, el cual deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

Como consecuencia de lo anterior, en lo relativo al monto de la prestación, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, según el cual el valor mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. Monto que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Por su parte, en lo atinente al ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes, es necesario precisar que tal prestación no podrá liquidarse con las partidas computables de que trata el Decreto 1211 de 1990, sino atendiendo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que textualmente indica:

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»

Ahora bien y en lo que respecta al orden de beneficiarios que debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, se advierte que es el señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y no el previsto en el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990.

Lo anterior como quiera que el orden de beneficiarios que contiene el régimen general no es equivalente al que contempla el Decreto 1211 de 1990, toda vez que este último consagra que los hermanos menores de 18 años pueden percibir las prestaciones por muerte, a falta de otros beneficiarios del llamado orden preferencial establecido en el artículo 185 ejusdem, y sin ninguna otra condición. Igualmente el régimen militar permite que haya concurrencia entre diferentes beneficiarios, a saber: i) entre el cónyuge o compañero permanente y los hijos; y ii) a falta de hijos entre el cónyuge o compañero permanente y los padres del fallecido.

Descuentos de lo recibido por concepto de compensación por muerte

Al establecerse que el régimen que se debe atender en virtud de la regla de favorabilidad es en su integridad, el contenido en la Ley 100 de 1993, es preciso referirse a la consecuencia que de ello se desprende, frente a las prestaciones pagadas por la entidad con base en el Decreto 1211 de 1990.

Habida cuenta de que la compensación por muerte es una prestación propia del Decreto 1211 de 1990 y no del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, es necesario concluir que deben efectuarse los respectivos descuentos de lo que se hubiere pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 1211 de 1990, pues ambos regímenes resultan incompatibles.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En lo que respecta a las cesantías, debe anotarse que se trata de un emolumento cuya naturaleza no corresponde a la de una prestación por muerte, sino a la de una prestación social que busca principalmente, cubrir el riesgo del retiro y que se causa como consecuencia de la vinculación laboral del causante con la institución, en proporción al tiempo servido. En ese sentido, la Sección Segunda, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, indicó que las cesantías constituyen un ahorro del trabajador que tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral.

Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

Para el caso que nos ocupa se tiene por acreditado lo siguiente:

La muerte del señor Soldado Voluntario UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO ocurrió simplemente en actividad cuando se encontraba disfrutando de un permiso autorizado por el Comando del Batallón de Contra Guerrillas No. 45 "Héroes de Majagual" (fl. 10).

De acuerdo a la hoja prestacional que obra a folio 9, el Soldado Voluntario prestó los siguientes servicios:

Soldado Regular: 1995/12/15 – 1997/06/12
Soldado Voluntario: 1997/07/01 – 1999/05/17
Total tiempo de servicios: 1 año 10 meses 16 días.

Mediante Resolución No. 01699 del 8 de mayo de 2000, el Subjefe de Estado Mayor del Ejército Nacional reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales, por la suma de \$11.300.597, por concepto de bonificación, compensación por muerte, siendo al cien por ciento a favor de la señora PABLA GALINDO DE VERGARA.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Según el registro civil de nacimiento que obra a folio 14, la señora PABLA GALINDO es la madre de UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO y no se registra el nombre del padre. Fecha de nacimiento del causante data del 3 de febrero de 1977.

El 22 de noviembre de 2016, la señora PABLA GALINDO a través de apoderado judicial solicitó al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, incluyendo las mesadas pensionales, primas semestral y prima de navidad, por la muerte del soldado UBALDO JOSE GALINDO ROMERO (fl. 21-22).

Mediante Resolución No. 0165 del 5 de enero de 2017, la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional declaró que no había lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión sobrevivientes con ocasión del deceso del soldado voluntario UBALDO JOSE GALINDO ROMERO, a favor de la señora PABLA GALINDO. (Fl 4 a 6)

A folio 95 obra copia de una declaración extrajuicio rendida por RAFAEL ALVARADO BARROS y ALVARO BELEÑO CADENA ante la Notaría Única del Círculo de El Banco, Magdalena, en fecha 19 de mayo de 1999, donde manifestaron que conocen desde hace muchos años al señor OSVALDO JOSE ROMERO GALINDO, y les consta que era soltero, no contrajo matrimonio civil ni católico.

A folio 109 obra declaración extrajuicio de la señora TERESA DE JESUS FERNANDEZ HERRERA ante la Notaría Única del Círculo, El Banco, Magdalena, donde manifestó bajo la gravedad de juramento que conoció al joven UBALDO JOSE GALINDO ROMERO, el cual no tuvo calor y afecto de padre, su padre falleció cuando PABLA GALINDO tenía dos meses de embarazo y por eso fue reconocido con los apellidos de su madre.

Así, para el reconocimiento de la prestación económica que se reclama, se debe acreditar: (I) que el causante no tuviera cónyuge o compañera permanente, ni hijos, y (II) que los padres dependieran económicamente del causante.

Bajos este orden de ideas, pasa la judicatura a verificar si los requisitos en mención se encuentra debidamente acreditados, para lo cual se considera:

- Frente al requisitos “que el causante no tuviera cónyuge o compañera permanente, ni hijos.”.

De las pruebas documentales obrantes en el expediente, no se vislumbra que el Soldado Voluntario UBALDO JOSE GALINDO ROMERO para el momento de su

deceso sostuviera una relación conyugal o de unión marital de hecho, ni que tuviera hijos.

Situación que concuerda con lo manifestado por los testimonios de los señores LUIS CARLOS CASTRO RODRIGUEZ y WALTER RANGEL ROBAYO, quienes refirieron sobre una relación conyugal o marital de hecho que el señor UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO, no tenía hijos ni ninguna relación con otra persona.

En consecuencia, se encuentra acreditado el requisito en mención.

- De la dependencia económica

En lo que respecta al tema de la dependencia económica, la Corte constitucional, ha indicado¹⁹:

“(...) la independencia económica se refiere “a tener la autonomía necesaria para sufragar los costos de la propia vida, sea a través de la capacidad laboral o de un patrimonio propio”, o a la posibilidad de que “dispone un individuo para generarse un ingreso económico o disponer de una fuente de recursos que le permitan asumir las necesidades básicas, y garantizarse una vida en condiciones dignas y justas”.

En este sentido se ha sostenido que para poder acreditar la dependencia económica, no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos -propio de una persona que se encuentra en estado de desprotección, abandono, miseria o indigencia- sino que, por el contrario, basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna. Así lo señaló, por ejemplo, el Consejo de Estado, al declarar la nulidad del artículo 16 del Decreto 1889 de 1994, mediante el cual se pretendía reglamentar la definición del concepto de dependencia económica, al reiterar la jurisprudencia que sobre protección a los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital ha fijado esta Corporación. Al respecto, el citado Tribunal sostuvo:

“El art. 47 de la Ley 100 de 1993 (...) no exige que el beneficiario no tenga ingreso o si los llegare a tener que éstos sean inferior a la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente como lo hace el acto acusado, motivo por el cual se suspendieron provisionalmente sus efectos. Este razonamiento sería suficiente para que la Sala procediera a declarar la nulidad del acto acusado por desbordar la potestad reglamentaria. // Adicionalmente se precisa que el recto entendimiento de la dependencia económica prevista en los literales b, c y d del art. 47 de la

¹⁹ Sentencia C-066 de 2016.

Ley 100 de 1993 no puede asumirse desde la óptica de la carencia de recursos económicos. // La dependencia económica, para efectos de la pensión de sobrevivientes, debe ser examinada armónicamente con los postulados constitucionales y legales que orientan la seguridad social tales como la protección especial a aquéllas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, protección integral de la familia, de las personas de la tercera edad, calidad de vida acorde con la dignidad humana, eficiencia y solidaridad entre otros. // Desde esa perspectiva, aparece absurdo que el Decreto reglamentario circunscriba el concepto de dependencia económica, a la carencia de ingresos (indigencia) o que estos sean inferiores a la mitad del salario mínimo legal mensual, cantidad ésta última que de todas maneras coloca a la persona en situación de pobreza absoluta.// Las anteriores breves razones llevan a la Sala a concluir que el Decreto acusado, al fijar los alcances del concepto de 'dependencia económica' para acceder a la pensión de sobrevivientes, so pretexto de reglamentar el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no solo establece unas condiciones no previstas en la norma que reglamenta, sino que limita dicho concepto a situaciones extremas desbordando la potestad reglamentaria e incurriendo en contracción con los principios que orientan el régimen de seguridad social integral en pensiones"²⁰

Así, para la Corporación Constitucional la dependencia económica ha sido comprendida como: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.

Bajo este orden de ideas, el acervo probatorio establece:

En la audiencia de pruebas celebrada el 9 de septiembre de 2019, a través de videoconferencia, los señores LUIS CARLOS CASTRO RODRIGUEZ y WALTER RANGEL ROBAYO, quienes manifestaron:

El señor LUIS CARLOS CASTRO RODRIGUEZ, señaló que conoce a la señora PABLA GALINDO de hace más de 30 años porque vivió en el mismo barrio. Sostuvo que ella dependía de su hijo quien trabajaba en diferentes oficios antes irse al Ejército Nacional donde sus ingresos también los destinaba a su madre. Refirió el testigo que la señora PABLA GALINDO tenía un hijo mayor que se fue para Venezuela hace más de 30 años, pero por la crisis en ese país regresó y se dedica a vender café y tinto en la calle, pero no le ayuda a ella; al igual que

²⁰ C-111 de 2006 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

una hermana mayor quien estudiaba y era UBALDO JOSÉ GALINDO quien la sostenía, pero también se fue para Venezuela.

Frente a las ayudas recibidas por la señora PABLA GALINDO por parte de su hijo cuando se encontraba en el Ejército Nacional, el testigo indicó que le consta porque la señora no sabe leer ni escribir entonces los giros eran recibidos por terceras personas. Dentro de las actividades que desarrollaba y desarrolla la señora GALINDO, se dedica a planchar y a lavar ropa, pero su situación actual es grave, vive de la caridad de los vecinos o conocidos del pasado.

Por su parte el señor WALTER RANGEL ROBAYO refirió conocer a la señora PABLA GALINDO de hace más de 25 años y mencionó a sus hijos PEDRO, NANCY y EDUARDO.

Sostuvo que UBALDO GALINDO estaba a cargo de su madre, incluso cuando ingresó al Ejército Nacional él se hacía cargo de los gastos de la casa. Expuso que en ocasiones la señora PABLA GALINDO requería plata prestada cuando presentaba percances con la droga, pero cuando llegaba su pago, UBALDO GALINDO los cancelaba. Manifestó que por su amistad con el señor UBALDO, en ocasiones lo acompañaba a hacer el mercado para la mamá y a comprarle ropa. Actualmente vive de la caridad de los vecinos que le llevan comida. Ella se dedica a lavar ropa. Finalmente, sostuvo que la señora PABLA GALINDO no vive desde hace 5 o 6 años en el barrio pero la visita cada 15 o 20 días, vive con uno de sus hijos, y actualmente se sostiene haciendo oficios varios y prácticamente el hijo es quien sostiene a su madre, se llama PEDRO.

Las anteriores circunstancias demuestran que a los testigos en mención les constan en forma directa de la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo UBALDO JOSE GALINDO ROMERO, quien desde antes de prestar servicio militar estaba a cargo de su madre, actividad que continuó realizado cuando se vinculó como soldado regular y posteriormente como soldado voluntario.

En virtud de la regla de favorabilidad, fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender el artículo 46 ibídem, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 de la misma que dispone:

“e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Igualmente, debe señalarse que la mesada deberá calcularse con base en el porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 48 ibídem, en cuanto prevé:

«[...]»

El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación”.

De acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada, el señor UBALDO JOSE GALINDO ROMERO estuvo vinculado al EJÉRCITO NACIONAL por **más de 26 semanas**, tiempo mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para que sus beneficiarios reclamen la pensión de sobrevivientes, según la regulación vigente para la época del deceso, donde acreditó un tiempo de servicios de 1 año 10 meses y 16 días.

Se demostró con el registro civil de nacimiento que obra a folio 14, que la señora PABLA GALINDO es la madre de UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO y no se acreditó que el causante tuviera hijos ni una relación conyugal o marital.

El requisito de dependencia económica se acreditó plenamente con las declaraciones practicadas en la audiencia de pruebas de fecha 9 de septiembre de 2019, en las cuales se afirmó de manera coincidente que él era el soporte económico de su hogar y que la situación actual de la señora PABLA GALINDO no es la mejor y pese a que se mencionó por uno de los testigos que PEDRO, uno de sus hijos convivía con ella, el otro testigo manifestó que solo dedicaba a vender tintos en la calle pero era la señora GALINDO quien con oficios se mantenía lo cual coincidió en la declaración de ambos testigos.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el monto de la prestación pensional, debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación. Es decir que para la liquidación de la mesada debe tenerse en cuenta los haberes devengados al momento de su deceso, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Prescripción

En relación con el término de prescripción que debe observarse en el caso concreto, los regímenes frente a los cuales se estudiaron las prestaciones por muerte simplemente en actividad se rigen por disposiciones normativas distintas.

En efecto, el régimen especial contenido el Decreto 1211 de 1990, en el artículo 174, dispone:

«ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, 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 Retiro de las Fuerzas Militares.»

Por su parte, en el régimen general se atiende el término de 3 años, de conformidad con lo establecido por los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.»

Lo anterior, dado que la pensión en caso de muerte estaba prevista en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue subrogada por la Ley 100 de 1993, artículos 46 a 49 y 73 a 78, referidos a la pensión de sobrevivientes.

En ese orden, y en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes y de la misma previsión del artículo 288 *ibídem*, el régimen general debe aplicarse en su integridad.

De manera pues que el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de tres años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición²¹.

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Sentencia de primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16)CE-SUJ2-009-18 Actor: ARACELI DEL CARMEN LLANOS GARCIA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL, Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES SUBOFICIAL MUERTO EN SIMPLE ACTIVIDAD ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 4433 DE 2004 / RÉGIMEN APLICABLE / COMPATIBILIDAD DE LOS EMOLUMENTOS PERCIBIDOS EN

En el presente caso se observa que la petición fue elevada el día **22 de noviembre de 2016**²², de esta forma ha operado la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al **22 de noviembre de 2013**.

Indexación

Al liquidar las sumas dinerarias a favor de los demandantes, los valores serán ajustados teniendo en cuenta el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, utilizando la siguiente fórmula:

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

Donde R (renta actual) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por los demandantes por concepto de sustitución pensional, hasta el pago efectivo de lo adeudado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, entre el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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

Deducciones

En la sentencia de unificación del Consejo de Estado calendada el primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018)²³, el Alto Tribunal precisó la procedencia de ordenar el descuento de la suma indexada de la compensación por muerte, atendiendo a que dicho reconocimiento tiene una misma causa, consistente en la muerte del Militar y porque este beneficio no se encuentra consagrado en la Ley 100 de 1993 cuya aplicación ha de ser integral, sin que sea permisible la mixtura de los aspectos más favorables de uno y otro régimen.

En consecuencia se ordenará a la entidad demandada indexar el valor de la compensación por muerte y dicho valor deberá ser deducido del retroactivo de mesadas reconocido a favor de la demandante. Dicha deducción únicamente es viable siempre que exista identidad de las personas beneficiarias tanto de la pensión de sobrevivientes como de la compensación por muerte.

VIRTUD DE LA MUERTE CON LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES RECLAMADA. PROCEDENCIA O NO DE DESCUENTOS / TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN. LEY 1437 DE 2011.

²² Folio 21

²³ SENTENCIA CE-SUJ-SII-009-2018

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En síntesis, para efectos del descuento deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital²⁴.

6. Condena en costas

En este caso, la parte demandada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como prosperaron las pretensiones de la demanda, pero solamente se encuentran demostradas las agencias en derecho, se deberá reconocer a favor de la demandante, en cuantía equivalente a \$300.000 uno, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución 0165 de 5 de enero de 2017, proferida por la DIRECTORA ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por medio de la cual se negó el reconocimiento de suma alguna

²⁴ SENTENCIA CE-SUJ-SII-009-2018

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

por concepto de pensión con ocasión del deceso del Soldado Voluntario del EJÉRCITO NACIONAL, UBALDO JOSÉ GALINDO ROMERO.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a reconocer pensión de sobrevivientes a favor de la señora PABLA GALINDO DE VERGARA identificada con C.C. No. 23.155.791 en calidad de madre del causante, equivalente al 45% del ingreso base de liquidación. Es decir que para la liquidación de la mesada debe tenerse en cuenta los haberes devengados al momento de su deceso, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Para efecto del reconocimiento se tendrá en cuenta las previsiones contenidas en la Ley 100 de 1993 por aplicación del principio de favorabilidad, en consecuencia, se tomará en su integridad dicho régimen para establecer monto y demás requisitos de reconocimiento y pago de esta prestación económica, según los siguientes parámetros:

- Deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.
- Para efectos de calcular el monto de la pensión habrá de dar aplicación a lo previsto en el artículo 48 ibídem
- El ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 del régimen general.

TERCERO.- Declarar la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 DE NOVIEMBRE DE 2013 de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO.- Las sumas reconocidas por concepto de mesadas deberán ser indexadas de conformidad con los parámetros expuestos en la parte motiva de la providencia, igualmente se procederá a la indexación de la compensación por muerte reconocida y dicha suma deberá descontarse del valor de retroactivo por concepto de pensión de sobrevivientes, siempre y cuando haya identidad de beneficiarios y si a nombre de alguno de los beneficiarios no hay monto a reconocer por pensión de sobrevivientes no habrá lugar a la devolución de lo pagado por compensación por muerte, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Una vez ejecutoriada esta providencia, envíese copia a la entidad demandada.

Expediente: 19001-33-33-006-2017-00163-00
Accionante: PABLA GALINDO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SEPTIMO.- LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el inciso final del artículo 187 y artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO.- Sin costas, por las razones expuestas.

NOVENO.- Una vez liquidados por Secretaría, devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la decisión, archívese el expediente.

UNDÉCIMO.- NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

A la parte demandante: jairoporrasnotificaciones@gmail.com

A la parte demandada: notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Firmado Por:

**MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7feda112467780ace045116ae8c117bc68f736fc85b99ab86c3b8ea65dc78e3c

Documento generado en 27/08/2020 09:03:04 a.m.