

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 12 de noviembre de 2021

Radicación: 110013335-017-2018-00014-00
Demandante: Constanza Milena Montaña Buenaventura
Demandado: Ejército Nacional
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: Reconocimiento de una pensión de sobrevivientes

Sentencia No. 102

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vicie lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución 3489 del 26 de septiembre de 2017, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.
2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y de su menor hijo, desde la muerte del Cabo Primero Ferney Mora Gómez, sin decretar la prescripción de mesadas, en los porcentajes establecidos por las disposiciones legales.
3. Ordenar a la demandada reliquidar, indexar y reajustar la pensión de sobrevivientes con el mayor porcentaje y en forma permanente, de acuerdo con el grado militar.
4. Ordenar el pago de intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento.
5. Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como agencias en derecho.
6. Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento de la sentencia, en los términos señalados en los artículos 187 y 188 del CPACA.

Tesis del demandante Manifestó que la entidad demandada insiste en aplicar el artículo 190 del Decreto 1211 de 1990 que no refleja el espíritu del Estado Social de derecho y que hace más gravosa la situación de los beneficiarios de un régimen especial de la Fuerza Pública. Para la fecha del fallecimiento del Suboficial Mora Gómez este había cotizado 325 semanas, siendo aplicable el régimen general contenido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Tesis del demandado La entidad manifiesta que tratándose de regímenes especiales ya la Corte ha señalado que su existencia, per se no desconoce el principio de igualdad, por el contrario el Decreto 1211 de 1990 tiene como finalidad proteger al grupo familiar del oficial y suboficial que fallece y brindarle una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados. El legislador tiene la facultad de establecer las condiciones para que los derechos prestacionales puedan ser reclamados y una variante puede ser el tiempo de servicio, de conformidad con la libertad configurativa del legislador, concluyendo que el acto administrativo demandado no presenta ningún vicio de ilegalidad.

Problema jurídico. El problema jurídico consiste en establecer si el acto administrativo demandado debe ser anulado y como consecuencia la demandante y su menor hijo tienen derecho a que la entidad demandada, reconozca y pague la pensión de sobrevivientes conforme con el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

Hechos probados En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- De acuerdo con el informe administrativo por muerte, que obra a folio 17, el comando del Batallón conceptúa que la muerte del señor Ferney Mora Gómez ocurrió por actos del servicio o por causas inherentes al mismo.
- La demandante a nombre propio y de su hijo solicitó al Ministerio de Defensa Nacional –Prestaciones Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, por favorabilidad (folios 27 a 31).
- La solicitud fue respondida por la entidad mediante Resolución 3489 del 26 de septiembre de 2017, por medio de la cual se declara que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y su menor hijo por cuanto el causante no contaba con 12 años de servicio para la fecha de su fallecimiento (folios 3 a 6).
- De acuerdo con el Registro 1741562 consta que la demandante y el fallecido Ferney Mora Gómez contrajeron matrimonio el 16 de noviembre de 2000 (folio 11).
- Con el Registro Civil TZA0306743, se evidencia que el 24 de agosto de 2002, posterior al fallecimiento del causante, nació un niño cuyos padres son la demandante y el causante señor Ferney Mora Gómez (folio 7).
- En el Registro Civil de defunción 04698879 consta que el señor Ferney Mora Gómez, falleció el 30 de noviembre de 2001 (folio 14).
- A través de las Resoluciones 16964 y 23728 de 2002, se reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales a favor de la demandante y de su menor hijo (folio 18 y reverso y 20 y reverso).

La pensión de sobrevivientes El Ordenamiento Jurídico colombiano ha contemplado la pensión de sobrevivientes como un mecanismo de seguridad social orientada a proteger a los allegados en caso de fallecimiento.

Se trata entonces de garantizar a los sobrevivientes, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que el deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante; así, la pensión de sobrevivientes responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

Es la familia entonces, el interés jurídico a proteger con las disposiciones que en materia de pensión de sobrevivientes subsisten en nuestro ordenamiento.

En **sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006** la Corte advirtió 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”.

Se debe precisar que las normas que regulan la pensión de sobrevivientes son las vigentes al momento del deceso de la causante de la prestación, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en diferentes oportunidades¹.

Régimen especial – Decreto 1211 de 1990

¹ Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

De acuerdo con la fecha de fallecimiento del causante, 30 de noviembre de 2001, el régimen prestacional de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional está contemplado en el **Decreto 1211 de 1990** "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares" y regula la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales.

Así es como, en el artículo 185 y 191, contemplan el orden de beneficiarios y las prestaciones a reconocer a estos en caso de muerte en simple actividad de oficiales y suboficiales:

"ARTÍCULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

- a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.
- b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos (...).

ARTICULO 190. MUERTE EN MISION DEL SERVICIO. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios, en el orden establecido en el presente Decreto tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a. A que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a tres (3) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Estatuto.
- b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual ser liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante".

De los supuestos normativos se extrae que los beneficiarios, cónyuge e hijos, de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que fallezcan en misión del servicio tendrán derecho a una pensión mensual, cuando el causante hubiese cumplido mínimo 12 años de servicio.

Régimen general - Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo reglado en el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993**, sin la modificación introducida por la Ley 797 de 2003², los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, eran los siguientes:

"1...

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, los Parágrafos del artículo 33 disponen:

"**PARAGRAFO. 1º-** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

²Esta Ley establece cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, que en el caso concreto ocurrió antes de la modificación, 30 de noviembre de 2001.

b) *El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;*
(...).

PARAGRAFO. 2º-*Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.*

(...).

A su vez el literal el artículo 47³ establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

"a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez~~, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

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

d. 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.

Para efectos del monto de la pensión, el artículo 48 establece lo siguiente:

"El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100 % de la pensión que aquél 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. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No desconocemos que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 consagró que "El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas" (subrayado fuera de texto).

Sin embargo, el artículo 288 ejusdem, frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y en leyes anteriores, estableció que "todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley".

³ 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".

Principio de Favorabilidad.

Tal y como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2012⁴, “en este punto es dable resaltar, en relación con el principio de favorabilidad en materia del régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, que la Corte Constitucional en sentencia T-685/07 de 31 de agosto de 2007” en la cual consideró:

“(...)

4. Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Públicas.

4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)⁵ y 217⁶ de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar 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 desarrollan⁷.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud⁸.

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Igualmente, en la misma sentencia señaló que:

“Frente a la contingencia del fallecimiento del afiliado, el sistema general de pensiones prevé la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención los establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, entre los cuales se encuentra vigente el que el causante hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Esta Sección ha resaltado en reiteradas oportunidades que en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad es procedente aplicar el régimen general y no a las previstas en el régimen especial, cuando se cumplan los requisitos previstos en dicho régimen para la obtención de un derecho pensional, como es el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”.

⁴ Consejo de Estado, Rad. Interno. 2006-09, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”

⁶ El artículo 17 de la CP, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

⁷Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁸ En este sentido ver las sentencias: C-654 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-835 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-101 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

Sentencia de unificación⁹

En reciente sentencia de unificación por Importancia jurídica (Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018 SUJ-009-S2) respecto del principio de favorabilidad en estudio se concluyó lo siguiente:

“88. 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.*

89. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador”.

Así mismo, con fundamento en el mismo principio decidió unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. Con fundamento en la regla de favorabilidad, los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

2. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

3. 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.

4. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe

⁹ Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: sección segunda, 1º de marzo de 2018, Rad. No.: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16). Sentencia de unificación por importancia jurídica, CE-SUJ-SII-009-2018, SUJ-009-S2. Asunto: 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 virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de descuentos/ término de prescripción.

Revisar igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación Jurisprudencial 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)CE-SUJ2-016-19 de 30 de mayo de 2019, C.P. Dr. William Hernández Gómez., Referencia: sentencia de unificación de jurisprudencia - pensión de sobrevivientes suboficial de la policía nacional muerto en simple actividad antes de la entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la ley 100 de 1993 - régimen aplicable - compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de descuentos - término de prescripción.

atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el **trienal**, de acuerdo con lo previsto por el régimen general que contempla esta prestación.

5. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.

Segundo: Adviértase a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Si bien, no desconocemos que la sentencia hace referencia al personal de oficiales y suboficiales fallecidos en **simple actividad**, consideramos que en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad, resulta aplicable al asunto en estudio, máxime cuando en el caso concreto el causante murió en forma violenta como tripulante de vuelo de la aeronave, realizando operaciones de apoyo de combate en mantenimiento de orden público en el área de San Juanito – Meta (folio 17).

Caso concreto

En el presente caso se encuentra probado que el señor Ferney Mora Gómez (q.e.p.d.) estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 1º de septiembre de 1995 hasta el 1º de septiembre de 1996 Alumno, desde el 1º de septiembre de 1996 hasta el 1º de septiembre de 1999 como Cabo Segundo y desde el 1º de septiembre de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2001, fecha de su fallecimiento, en el grado de Cabo Primero (fl. 14 exp. administrativo).

Asimismo, se encuentra acreditado que la señora Constanza Milena Montaña Buenaventura contrajo matrimonio con el causante, señor Ferney Mora Gómez, el 14 de octubre de 2000 y procrearon al menor Johan Ferney Mora Montaña, quien nació el 24 de agosto de 2002, y que la cónyuge supérstite, presentó petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a su nombre y de su menor hijo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 y la Entidad accionada mediante Resolución 3489 del 26 de septiembre de 2017, resolvió la solicitud y declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes argumentando como única razón el incumplimiento del presupuesto legal de 12 años o más de servicio (fls.4 a 6).

Estima la demandante que la entidad demandada pretende aplicar el régimen especial previsto para los miembros de la Fuerza Pública, esto es el Decreto 1212 de 1990, desconociendo la favorabilidad de la Ley 100 de 1993, que antes de ser modificada por la Ley 797 de 2003, exigía 26 semanas de cotización, en contravía de los principios de igualdad.

Reconocemos que en efecto la normatividad especial aplicable a la fecha de fallecimiento del Cabo Primero era el Decreto 1211 de 1990, pero conforme con la jurisprudencia citada, las normas referidas la general contenida en la Ley 100 de 1993 resultan aplicables.

Es así que; no obstante, la existencia de una norma especial, no era óbice para que la entidad estudiara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes bajo la óptica del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, si esta resultaba más favorable a los intereses de la aquí demandante, en especial si se tiene

en cuenta que el Cabo Primero fallecido había laborado ininterrumpidamente en la entidad por 6 años, 3 meses y 29 días, comprendidos en el periodo 1º de septiembre de 1995 a 30 de noviembre de 2001, que arroja 327 semanas aproximadamente.

Retomando los requisitos establecidos por el artículo 46 y 47 se debe acreditar, en primer lugar, las **semanas de cotización** que para el caso en concreto se exige haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte del señor Ferney Mora Gómez, que como se evidenció se encuentra cumplido.

En consecuencia, en atención al principio de inescindibilidad normativa, no es posible acceder al reconocimiento con las partidas computables de acuerdo con el grado del causante, y se accederá ordenando por favorabilidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de la demandante y un 50% en favor de su hijo, hasta que este cumpla 18 años o hasta los 25, por razón de estudios, conforme con la Ley 100 de 1993 y la sentencia de unificación citada, así:

1. De la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse únicamente a los beneficiarios, debidamente indexado, lo pagado y reconocido mediante Resolución 16964 del 1º de febrero de 2002, como compensación por muerte, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.
2. Para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante y en caso de que 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 los aquí beneficiarios de la pensión cubran la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.
3. El término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el **trienal**, de acuerdo con lo previsto por el régimen general que contempla esta prestación.
4. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.
5. 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.
6. 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 1993¹⁰, que textualmente indica:

“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.

¹⁰ Conforme con la sentencia unificación ya citada radicación número: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16) CE-SUJ2-009-18.

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”.

Prescripción de mesadas Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción, teniendo en cuenta que el causante falleció el 30 de noviembre de 2001 y la demandante presentó la petición el 14 de julio de 2017, operó el fenómeno de la prescripción de mesadas, razón por la cual su efectividad será a partir del 14 de julio de 2014.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Las sumas que resulten deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Costas. El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. (Subrayas para resaltar).

¹¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Ahora bien, el Consejo de Estado¹² ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”.

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 3, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”¹³.

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución 3489 del 26 de septiembre de 2017, expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual declaró que no había lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y su menor hijo, conforme con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL **reconocer y pagar** la pensión de sobrevivientes a la señora Constanza Milena Montaña Buenaventura y al menor Johan Ferney Mora Montaña, en un 50% para cada uno y la proporción del menor hasta que este cumpla 18 o hasta los 25 años, por razón de estudios, en su calidad de cónyuge supérstite e hijo del causante Cabo Primero Ferney Mora Gómez a partir del 1º de diciembre de 2001, pero con efectividad fiscal 14 de julio de 2014 con el 55% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el causante durante todo el tiempo, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, cuyo monto en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa.

De la anterior suma se deberá descontar, debidamente indexada, la suma recibida por concepto de compensación por muerte, que fuera reconocida a los demandantes, mediante Resoluciones 16964 y 23728 de 2002, sin que sobre esta opere prescripción alguna.

¹² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹³ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

Demandante: Constanza Milena Montaña Buenaventura

Demandado: Ejército Nacional

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

TERCERO.- Las sumas que resulten deberán ser indexadas con fundamento en los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.).

CUARTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. El *acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

QUINTO.- No condenar en costas, conforme con lo expuesto en precedencia.

SEXTO.- Se **niegan** las demás pretensiones de la demanda

SÉPTIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011), así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **6a61e178d7a457555b212402b2bdca2f7b899e02949f3ad7048265ac0991781a**

Documento generado en 12/11/2021 08:51:26 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>