RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso No.:	**11001-33-35-028-2021-00173-00**
Demandante:	**Myriam Pérez Charry.**[1]
Demandado:	**Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional**[2]
Asunto:	**Reconocimiento pensión de sobrevivientes Ley 100**

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1° del artículo 42[3] de la Ley 2080 de 2021[4] por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011[5], dentro del proceso promovido por la demandante **Myriam Pérez Charry**, identificada con cédula de ciudadanía No. 65.739.585 expedida en Ibagué, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones[6]

La parte demandante, por intermedio de apoderado, pretende lo siguiente:

> *"Me permito indicar que la pretensión es que en sede judicial se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por la Resolución No. 5195 del 16 de octubre de 2020 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional mediante la cual se resuelve la solicitud de pensión de sobrevivientes y el Acto Ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No. 5195 del 16 de octubre de 2020.*
>
> *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se decrete en sede judicial que;*
>
> *1. Hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del Subteniente del Ejército Nacional ARCESIO YARA VARGAS*

---

[1] info@ostosvaquiro.com
[2] Notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co jose.mesa@mindefensa.gov.co jjmesac@hotmail.com

[3] "*Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:*
1. Antes de la audiencia inicial:
a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
b) Cuando no haya que practicar pruebas;
c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (…)"
[4] Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.
[5] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
[6] Archivo #14 del expediente digital

quien se identificaba con la cédula de ciudadanía y código militar número 93388025 en favor de la Señora MYRIAM PEREZ CHARRY identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.739.385, en calidad de cónyuge supérstite.

2. El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL reconozca y pague a partir del 11 de Enero de 1996 en favor de la Señora MYRIAM PEREZ CHARRY identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.739.385, en calidad de cónyuge supérstite, la pensión de sobrevivientes en la cuantía a que tenga derecho legalmente de las partidas computables de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y/o las normas aplicables a la materia.

1. El Ministerio de Defensa Nacional cancele a la señora MYRIAM PEREZ CHARRY por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.MV.) conforme lo establece y permite el artículo 138 del CPACA.

2. El Ministerio de Defensa Nacional cancele a la señora MYRIAM PEREZ CHARRY por concepto de daño a derechos convencional y constitucionalmente amparados la suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.MV.). Dando cumplimiento a la normatividad convencional conforme lo establece y permite el artículo138 del CPACA.

3. Que dada la naturaleza del derecho pensional en litigio se de aplicación a los principios ultra y extrapetita por parte de este despacho judicial y en consecuencia se otorgue en sentencia lo que en derecho corresponda a la demandante. (...)"

2. Hechos[7]

Señala el apoderado de la parte demandante, que el señor Arcesio Yara Vargas (Q.E.P.D) hizo parte del Ejército Nacional como oficial del arma de logística, siendo dado de alta el 16 de febrero de 1993 como cadete de la Escuela Militar de Cadete General José María Córdoba mediante la orden administrativa de personal 01 del Ejército Nacional.

Destaca que el señor Yara Vargas fue ascendido al grado de Alférez de la Escuela Militar de Cadetes el 1° de junio de 1994 mediante la Resolución 2590 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional y posteriormente el 12 de enero de 1995 fue ascendido al grado de subteniente mediante la orden administrativa de personal 12767 de la referida cartera ministerial.

Pone de presente que el causante y la demandante tuvieron un hijo el cual nació el 9 de julio de 1995, y el 30 de octubre de 1995 le fue reconocido subsidio familiar, conforme con la orden administrativa de personal 1193 del Comando del Ejército Nacional.

Indica que el 30 de diciembre de 1995 el causante y la demandante contrajeron matrimonio bajo el rito católico el cual fue celebrado en la parroquia San Roque del municipio de Ibagué.
Destaca que el causante falleció el 14 de enero de 1996 conforme con lo señalado en el acta de defunción No. 2081153, momento para el cual ostentaba el grado de Subteniente como orgánico del Batallón de Transportes ubicado en el cantón sur de Bogotá.

[7] Folios 3 a 5 del documento #2 del expediente.

Señala que el día 28 de agosto de 2020 la demandante solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Yara Vargas, lo cual fue negado mediante la Resolución núm. 5195 de 16 de octubre de 2020.

Pone de presente que interpuso recurso de reposición contra la mencionada resolución, mediante escrito radicado el 26 de octubre de 2020, sin que hasta el momento hubiera sido notificada respuesta alguna por parte de la entidad demandada.

3. Normas violadas y concepto de violación[8]

La parte demandante indicó que el acto administrativo atacado desconoció los artículos 2, 4, 48 y 53 de la Constitución de 1991 y los artículos 83, 86, 138, 161, 162, 164, 166, 188 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, los artículos 31, 34, 71 de la Ley 2080 de 2021, artículos 46, 47, 48, 73y 74 de la Ley 100 de 1993, numerales 3.6, 3.7 y 3.7.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 y los artículos 11, 13 y 21 del Decreto 4433 de 2004.

Indica que la entidad no tuvo en cuenta los fines esenciales del Estado y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, comoquiera que las normas generales de pensiones y seguridad social, establecidas en la Ley 100 de 1993, ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 fueron inobservadas negando el reconocimiento pensional solicitado, ignorando el principio constitucional de la condición más beneficiosa.

Aduce que en el momento del fallecimiento del causante el régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990 no estableció 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 la asignación de retiro, por lo que fue hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de la misma anualidad que se estableció dicha prestación.

Señala que al momento del fallecimiento el causante tenía más de un año de servicio después de haber sido dado de alta como subteniente y la demandante al momento del fallecimiento ostentaba la calidad de cónyuge por lo que en aplicación del artículo 21 del Decreto 4433 de 2004 es beneficiaria de la pensión mensual de sobrevivientes en aplicación del principio de retrospectividad del mencionado decreto.

Adicionalmente señala que con la expedición del acto administrativo acusado se vulneró el artículo 53 de la Constitución, comoquiera que la entidad demandada no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad el cual se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto, por tanto, atendiendo a que al momento del fallecimiento del causante se encontraba vigentes el Decreto 1211 de 1990 y la Ley 100 de 1993, debió tomarse en consideración esta última norma que establece unos requisitos más laxos para acceder a la prestación, y, en consecuencia, considera que se vulneran los artículos 46, 47, 48, 74 y 288 de dicha ley.

[8] Folios 238 a 262 del cuaderno núm. 1 del expediente.

4. Trámite del proceso

Mediante auto del 31 de agosto de 2021[9], se requirió a la entidad accionada para que aportara copia del expediente administrativo del causante y certificación del último lugar de prestación de servicios.

Ante la falta de respuesta se requirió nuevamente la información mediante el auto proferido el 11 de noviembre de 2021[10].

Mediante memorial aportado el 18 de noviembre de 2021[11], la Dirección de Personal del Ejército Nacional dio respuesta respecto del último lugar de prestación de servicios del causante y señaló que no tenía competencia para remitir el expediente administrativo solicitado.

En razón de lo anterior, mediante el auto proferido el 10 de febrero de 2022[12], se inadmitió la demanda para que la parte demandante aclarara las pretensiones de la misma.

Por medio de escrito remitido el 16 de febrero de 2022[13], el apoderado de la demandante remitió escrito de subsanación de manera oportuna.

Así las cosas, mediante el auto proferido el 12 de mayo de 2022[14] se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó notificar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, actuación que se llevó a cabo mediante correo electrónico de 7 de julio de 2022[15].

5. Contestación de la demanda

5.1. Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional

Mediante escrito allegado el 24 de agosto de 2022[16], la parte demandada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, destacando que los actos administrativos atacados gozan de presunción de legalidad, la cual no fue desvirtuada ante la falta de sustento jurídico y probatorio de la demanda.

Como argumentos de defensa señala la entidad que conforme lo dispuesto en los artículos 217 y 150 de la Constitución el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública es un régimen especial que difiere en su aplicación para el reconocimiento y pago de lo dispuesto por el legislado en el sistema general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 como lo ha reiterado insistentemente la Corte Constitucional.

Indica que en concordancia con lo anterior el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que el sistema general de la seguridad social no le aplica a los miembros de

[9] Documento # 5 del expediente digital.
[10] Documento #10 del expediente digital
[11] Documento #12 del expediente digital.
[12] Documento #13 del expediente digital.
[13] Documento #14 del expediente digital.
[14] Documento #16 del expediente digital.
[15] Documento #18 del expediente digital.
[16] Documentos #20 y 20.1 del expediente digital.

la fuerza pública, cuestión que ha sido avalada constitucionalmente por la Corte Constitucional, resaltando que la única modificación que se ha realizado a la Ley 4ª de 1992 se dio a través de la ley 923 de 2004, por lo que ninguna otra norma ha podido ni puede modificar el régimen especial en materia prestacional de los miembros de la fuerza pública.

Destaca que en el caso concreto atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante en su condición de oficial del Ejército Nacional, la norma aplicable es la contenida en el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, la cual exige que para los oficiales fallecidos en simple actividad debían haber cumplido 15 años o mas de servicios para que fuera acreedores al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que considera que al haber fallecido con un tiempo de servicios de apenas 2 años 11 meses y 12 días no hay lugar al reconocimiento pretendido.

De igual forma, señala que respecto de la aplicación de la Ley 923 de 2004 y 4433 de 2004 no es posible aplicar dichas normas al caso concreto atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante.

6. Fijación del litigio y traslado para alegar de conclusión

Integrada la litis como en efecto se encuentra, se destaca que, mediante auto del 3 de noviembre de 2022[17] se fijó el litigio y se requirieron como pruebas documentales de oficio copia del expediente administrativo del causante.

Después de múltiples requerimientos el apoderado de la entidad demandada, allegó la información requerida mediante correo electrónico del 26 de mayo de 2023[18].

Aportado lo anterior, mediante auto proferido el 1° de junio de 2023 se incorporó la documental y se corrió traslado a las partes y el ministerio público para que allegaran sus alegatos de conclusión.

6.1. Parte Demandante

Mediante correo electrónico del 20 de junio de 2023[19], la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión ratificándose en los hechos, fundamentos y pretensiones de la demanda, destacando que los actos acusados son nulos por haber sido expedidos con infracción en las normas en que debía fundarse, dado que la entidad demandada no aplicó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 1° de marzo de 2018, identificada como CE-SUJ-SII-009-2018, desconociendo lo previsto en los artículos 10, 102, 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, considera que al haberse acreditado que el causante Arcesio Yara Vargas falleció en simple actividad, cuando ostentaba el grado de subteniente del Ejército Nacional, el 14 de enero de 1996, esto es, con anterioridad a la vigencia de

[17] Documento #23 del expediente digital.
[18] Documento #40 del expediente digital.
[19] Documento #45 del expediente digital.

la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe aplicar la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación citada anteriormente, y, en consecuencia, se debe reconocer la pensión de sobrevivientes de manera retroactiva a la demandante quien acreditó ser la cónyuge del causante, con las partidas y cuantías establecidas en el Decreto 4433 o en su defecto conforme a la Ley 100 de 1993.

6.2 Parte demandada

Mediante correo electrónico del 22 de junio de 2023[20], la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda destacando que ante la existencia del régimen especial de las fuerzas militares, no es procedente aplicar el régimen general, y en ese sentido, debe acudirse a las previsiones del Decreto 1211 de 1990, que establece el requisito de 15 años de servicios para acceder a la pensión de sobrevivientes cuando la causa del fallecimiento sea calificada como en simple actividad, el cual no cumple el causante comoquiera que únicamente tenía 2 años 11 meses y 12 días de servicios.

Por lo anterior, considera que, al no haberse acreditado los requisitos para acceder a la prestación reclamada, se deben negar las pretensiones de la demanda.

6.3 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, dentro del término legal no rindió concepto al respecto.

II. CONSIDERACIONES.

1-. Problema jurídico.

En este proceso se debe determinar si es procedente o no declarar la nulidad de la Resolución núm. 5195 de 16 de octubre de 2020, así como la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto de carácter negativo configurado por la presunta falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto frente a la resolución inicial el 26 de octubre de 2020. Así mismo, debe establecerse si como consecuencia de lo anterior, es procedente ordenar a la entidad demandada que reconozca y pague a la demandante la pensión de sobrevivientes en la cuantía que corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y demás normas aplicables, en aplicación del principio de la retrospectividad.

2. Pensión de sobrevivientes de los miembros del Ejército Nacional- Oficiales

Como primera medida debe indicarse que el artículo 217 de la Constitución de 1991, estableció un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario para los miembros del Ejército Nacional, mismo que contempla todos los efectos laborales a que tienen derecho los uniformados, así mismo regula los tiempos de servicio necesarios para ascensos, situaciones administrativas asociadas a las

[20] Documento #46 del expediente digital.

circunstancias de suspensión, separación del cargo o retiro y otras situaciones de hecho que pueden presentarse para acceder a la asignación de retiro, pensión de invalidez, vejez o de sobrevivientes.

Para el caso de los Oficiales del Ejército Nacional, atendiendo el grado que ostentaba el militar fallecido, el Decreto 1211 de 1990 en el artículo 191 literal c), que regula lo pertinente de la muerte en simple actividad, precisaba lo siguiente:

> ***"(…) ARTÍCULO 191. Muerte simplemente en actividad.*** *Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) Artículos anteriores, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*
>
> *a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez 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 del presente Estatuto.*
>
> *b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.*
>
> ***c. 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****. (...)"* (Destacado fuera de texto

Como puede observarse la norma en cita, para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes exigía un tiempo mínimo de quince (15) años de servicio acreditados por el causante.

Ese régimen también estableció un orden para el reconocimiento de las prestaciones derivadas de la muerte, pues en el artículo 185 indicó lo siguiente:

> *"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 en las proporciones de ley.*
>
> *c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:*
>
> *- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.*
>
> *- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.*
>
> *d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así:*
>
> *- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.*
>
> *- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.*

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este Artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (...)"

Obsérvese de la normativa en cita, como se establece la prioridad en el orden de asignación a los hijos, pues comparten la pensión con la (el) cónyuge supérstite y en ausencia de aquella o aquel, la prestación se dividirá en partes iguales entre los hijos.

Ahora bien, mediante la Ley 923 de 2004, ley marco para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se establecieron como requisitos mínimos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes lo siguientes:

*"(...) A**RTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...)*

3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.

3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular.
En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez:

3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. 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 sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez 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 sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1. (...)"

Ahora bien, mediante el Decreto 4433 de 2004, "*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."* Estableció en su artículo 21 la pensión de sobrevivientes para los uniformados fallecidos en simple actividad de la siguiente manera:

"(…) ARTÍCULO 21. *Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, 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.*

Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO. *El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6° de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004. (...)"*

Por su parte respecto del orden de los beneficiarios el Decreto 4433 de 2004, estableció lo siguiente:

"(…) ARTÍCULO 11. *Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:*

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

> *11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.*
>
> *11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.*
>
> *La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento (...)"*

Así las cosas, se observa que con la expedición del Decreto 4433 de 2004, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de uniformados en simple actividad son mucho menos exigentes que los establecidos en el Decreto 1211 de 1990, comoquiera que únicamente exige que el uniformado hubiera estado un año en servicio activo y en lo referente a los beneficiarios, en el caso específico de la cónyuge únicamente establece el requisito de acreditar dicha condición, sin necesidad de demostrar convivencia.

2.2. Pensión de Sobrevivientes en vigencia de la Constitución de 1991.

Precisado lo anterior, debe indicarse que la Constitución de 1991 defiende el principio de la dignidad humana y en este caso, ligado con la protección de las personas de la tercera edad, para lo cual se tiene por establecido el principio de solidaridad que se desarrolla a partir del artículo 46 de la Carta, así como los artículos 48 y 49 ibidem, que regulan lo pertinente al Sistema General de Seguridad Social, especialmente, lo atinente al régimen de pensiones, señalando el texto constitucional que la reglamentación de dicha materia, se hará por medio de la Ley, como en efecto ocurrió.

Es así, como se expidió la Ley 100 de 1993, que reglamenta todo el Régimen de Seguridad Social, tanto salud, pensiones y riesgos profesionales. Primordialmente, para el caso de las pensiones se establece una reglamentación específica sobre tiempos de cotización, edades según el sexo hombre o mujer, forma de liquidación de las mesadas, su incremento año a año y entidades administradoras de dichos fondos, que facilitan el acceso de la ciudadanía a su mínimo vital con el lleno de los requisitos legales allí contemplados. También se reglamenta en esta materia, un régimen de transición en el que se respeta la decisión del beneficiario del mismo, para la aplicación de la normativa que venía rigiendo su situación, siempre y cuando se acredite, 35 años de edad, si es mujer y 40 años, si es hombre o 15 años de servicio, para la fecha de vigencia de la Ley anotada[21].

También la regulación de este asunto recoge lo pertinente a las indemnizaciones sustitutivas, pensiones de invalidez, de sobrevivientes y sustituciones pensionales. Siendo este último tema el que conduce el pronunciamiento de este Despacho, por lo que se debe proceder desde un principio con la ilustración de la operancia del régimen general que contiene la Ley 100 de 1993.

[21] La vigencia depende de la persona que se trate, siendo servidor público o no debe consultarse la vigencia del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, artículo 151 y conforme con el Decreto 691 de 1994.

En el caso de la pensión de sobrevivientes o sustituciones pensionales se tiene que la Ley 100 de 1993, de manera inicial y por ser importante en este asunto, estableció lo siguiente, en los artículos 46 a 48:

"*ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

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

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.
PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.(Destacado fuera de texto)

ARTÍCULO 47. Son 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; (Sentencias C-389 de 1996, C-081 de 1999 y C-1176 de 2001).

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.

ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. 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.

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 obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.''*[22]

Posteriormente, en punto de los beneficiarios de la pensión de invalidez, el artículo 47 como el 74 de la Ley 100 de 1993 fue reformado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuyo tenor literal indica lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>*
> *Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. 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; (Apartes subrayados declarados exequibles mediante sentencia C-1094 de 2013).*
>
> *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; (Aparte subrayado condicionalmente exequible mediante sentencia C-1035 de 2008 y el subrayado y resaltado declarado exequible mediante sentencia C-336 de 2014).*
>
> *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 38de la Ley 100 de 1993; (apartes tachados declarados inexequibles mediante sentencias C-1094 de*

[22] Ley 100 de 1993, Arts. 46-48 antes de la reforma que trajo consigo la Ley 797 de 2003.

> *2003 y C -066 de 2016 y los subrayados declarados exequibles mediante sentencias C-451 de 2005, C-458 de 2015 y C-066 de 2016).*
>
> *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 absolutade este; (Apartes tachados declarados inexequibles mediante sentencia C-111 de 2006)*
>
> *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. (Apartes subrayados declarados exequibles mediante sentencias c-896 de 2006 y C-066 de 2016).*
> *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."*[23]

En este punto conviene señalar que la fecha de muerte del titular del derecho pensional determina la normativa aplicable, como lo ha precisado el Consejo de Estado:

> "*No obstante, en Sentencia del 25 de abril de 2013*[24]*, la Sección Segunda de esta Corporación rectificó expresamente su posición anterior e indicó que si bien se venía adoptando una posición favorable para los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en cuanto a la aplicación del régimen pensional, es decir, que cuando el régimen especial no cumpliera unas mínimas garantías y por el contrario el régimen general si lo hiciera, en virtud del principio de favorabilidad debía preferirse la aplicación del régimen general, pero también dijo,* ***que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho, es decir, al momento del fallecimiento del causante,*** *específicamente señaló:*
>
> *"(…) La jurisprudencia de esta Corporación*[25] *ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.*
>
> *El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado."* [26] *(Resaltado del Despacho).*

Queda claro entonces, que el momento del fallecimiento del causante es el determinante de la Ley aplicable, conviene diferenciar por parte del Despacho la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, pues la primera se refiere al hecho de que fallezca el cotizante, persona cuyo derecho pensional aún no ha sido reconocido y tampoco tiene los requisitos para su reconocimiento y la otra, se

---

[23] Artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma citada de la página web http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html.
[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001233100020070161101 (1605-09)
[25] Ver, entre otras, las sentencia de octubre 7 de 2010, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).
[26] Consejo de Estado, sentencia del 27 de agosto de 2015, con ponencia de la Dra. Sandra Lisett Ibarra Vélez, exp. No. 05001-23-31-000-2001-01103-04(0897-14). Las citas 19-20 vienen del texto jurisprudencial citado.

refiere a la sustitución del derecho de una prestación otorgada o con los requisitos para otorgarse, en la que se discute únicamente si se tiene la condición de beneficiario o no, conforme con las norma arriba citadas.

En cuanto a la retrospectividad de la Ley 100 de 1993, la sentencia en cita resaltó la corrección jurisprudencial que hizo el Consejo de Estado, desde la sentencia del 25 de abril de 2013, en lo atinente a la aplicación de dicha figura, pues por favorabilidad se había reconocido pensiones de sobrevivientes a muertes acaecidas con anterioridad a la vigencia de la prenombrada Ley. lo que se corrigió, pues dicho principio solo opera siempre y cuando se trate de leyes vigentes que regulen una misma situación.

2.3. Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la aplicación del régimen general al personal uniformado de la fuerza pública.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, establece la exclusión de la aplicación de ese régimen al personal de las fuerzas militares, de policía y al personal civil, vinculado hasta antes de la entrada en vigencia de dicha normativa.

> ***"****8- En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.*[27] *Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general"*[28]*. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.*
>
> *Sin embargo, esta misma Corte también ha aclarado que eso no excluye que pueda eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, "si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general"*[29]*. La Corte ha establecido entonces unos requisitos muy claros para que proceda ese examen, pues ha dicho al respecto:*
>
> *"Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (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 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*

[27] Ver, entre otras, las sentencias C-598 de 1997, C-080 de 1999 y C-890 de 1999.
[28] Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes. Fundamento Jurídico No 7.
[29] Corte Constitucional. Sentencia C-090 de 1999, fundamento 6.

> *especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente*[30]*.''*[31]

El texto jurisprudencial citado, pone de presente la declaratoria de exequibilidad del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no obstante, destaca que el régimen especial pese a que puede presentar unas mejores condiciones para un tipo de prestación determinada, puede suceder lo contrario si se compara con el régimen general y no existe compensación frente al tratamiento diverso de la prestación que se trate.

Es por lo anterior, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de pensión de sobrevivientes, ha preferido la aplicación del Régimen General que el especial, pues como se ilustró en precedencia, la exigencia del tiempo de servicio es mucho mayor, que el regulado en la Ley 100 de 1993. Al respecto el Consejo de Estado-Sección Segunda ha indicado lo siguiente:

> *"...Ahora bien, debe señalarse que el propósito del legislador extraordinario al precisar un determinado tiempo de servicio para acceder a la pensión de sobrevivientes, no es otro que salvaguardar el régimen pensional especial, con base en el principio de solidaridad, implícito en sus disposiciones, basado en los aportes realizados con miras a la protección social de las generaciones futuras.*
>
> *En este contexto, el ejercicio que debe realizar el juez al momento de la interpretación de la norma debe estar inspirado por los principios de justicia material y el criterio auxiliar de la equidad, en tanto que no todos los casos implican la mera valoración del cumplimiento de los textuales requisitos exigidos, pues dicho análisis debe articularse con las normas supralegales y el criterio de equidad, que protegen los derechos de las personas de la tercera edad y, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales... ''*[32]

Vale la pena destacar, que el Consejo de Estado, para casos como el subjudice ha encontrado pertinente la aplicación de la Ley 100 de 1993, haciendo uso del principio de favorabilidad en materia pensional, pero no entendido dicho principio como un conflicto de normas vigentes del mismo nivel aplicables al caso, sino que pese a que existe un régimen especial en esa materia prestacional, son más favorables las condiciones exigidas por el régimen general, por lo que se habilita tal aplicación, por lo que indicó lo siguiente:

> *"No obstante, en Sentencia del 25 de abril de 2013*[33]*, la Sección Segunda de esta Corporación rectificó expresamente su posición anterior e indicó que si bien se venía adoptando una posición favorable para los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en cuanto a la aplicación del régimen pensional, es decir, que cuando el régimen especial no cumpliera unas mínimas garantías y por el contrario el régimen general si lo hiciera, en virtud del principio de favorabilidad debía preferirse la aplicación del régimen general, pero también dijo, que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el*

---

30 Ibídem, fundamento 8.
31 Corte Constitucional Sentencia C-956 de 2001, con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Las citas de la 4 a la 7 vienen del texto jurisprudencial citado y se dejan para ilustración de las partes y respetando la integridad del contenido que se trae a colación.
32 Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2015, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente No. 17001-23-33-000-2013-00133-01 (0274-14).
33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001233100020070161101 (1605-09)

derecho, es decir, al momento del fallecimiento del causante, específicamente señaló:

"(…) La jurisprudencia de esta Corporación[34] ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

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

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

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

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

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior[35], la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.".

Se concluye así, que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es aplicable la normatividad vigente a la fecha de ocurrencia del fallecimiento del causante"[36].

---

34 Ver, entre otras, las sentencia de octubre 7 de 2010, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).

[35] Artículo 120 del Decreto 2063 de 1984.

[36] Consejo de Estado, sentencia del 27 de agosto de 2015, con ponencia de la Dra. Sandra Lisett Ibarra Vélez, exp. No. 05001-23-31-000-2001-01103-04(0897-14). Las citas 10-12 vienen del texto jurisprudencial citado.

Igualmente, el Consejo de Estado, ha unificado la posición sobre la aplicación de la Ley 100 de 1993, a los casos que no se encuentran gobernados por el Decreto 4433 de 2004, precisando las siguientes reglas, en el caso de Oficiales y Suboficiales:

> *"Primero: 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 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."*[37]

Como se desprende de las citas precedentes la norma aplicable es la más favorable para el caso y vigente al momento de la muerte del uniformado y de manera inescindible, lo que significa que si existieron pagos con ocasión al

[37] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018 CE-SUJ-SII-009-2018 SUJ-009-S2, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2015-00965-01

fallecimiento que no corresponden al régimen cuya aplicación se reclama deberán reintegrarse debidamente indexados.

3. Caso concreto

3.1 De la configuración del silencio administrativo negativo

Teniendo en cuenta que la demandante acreditó haber radicado ante la entidad demandada un recurso de reposición contra la Resolución 5195 de 16 de octubre de 2020, mediante el número EXT20-85989 de 26 de octubre de 2020[38], y que no existe constancia en el expediente de la expedición y notificación de un acto administrativo que resolviera dicha solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 del C.P.A.C.A. que establece que transcurridos 2 meses contados desde la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa, se declarará la existencia del acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo a partir del 26 de diciembre de 2020, por el silencio administrativo negativo en que incurrió la entidad demandada por la falta de decisión expresa sobre el recurso de reposición interpuesto.

Así las cosas, se procederá a analizar la legalidad de los actos administrativos acusados.

3.2 Del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

Como primera medida se destaca que el señor Arcesio Yara Vargas q.e.p.d. se desempeñó como Oficial del Ejército Nacional entre el 10 de noviembre de 1994 y el 14 de enero de 1996[39], siendo retirado del servicio por causal de muerte en simple actividad, por lo que acreditó de acuerdo con la hoja de servicios 2 años, 11 meses 12 días[40] de servicios tomando en consideración el tiempo que estuvo vinculado como estudiante.

Precisado lo anterior, se tiene que concurrió a esta instancia la señora **Myriam Pérez Charry,** quien acreditó ser la cónyuge del causante mediante copia del registro civil de matrimonio número 2379915 de 23 de enero de 1996[41], en el cual se indica que contrajeron matrimonio el 30 de diciembre de 1995.

Se encuentra probado igualmente que el causante y la demandante procrearon un hijo de nombre Jhon Anderson Yara Pérez, que nació el 9 de julio de 1995, tal y como se desprende del registro civil de nacimiento aportado[42].

Por otra parte, se observa que el Señor Arcesio Yara Vargas (q.e.p.d) falleció el 14 de enero de 1996, de conformidad con el registro civil de defunción 2081153 de 15 de enero 1996[43], teniendo como causa de muerte laceración cerebral por bala[44],

[38] Folios 16 a 21 del documento pruebas Carpeta #03 anexos pruebas demanda
[39] Documento #40 del expediente.
[40] Ibidem
[41] Folios 5 a 6 de la Carpeta #03 anexos pruebas demanda
[42] Folio 4 del documento pruebas Carpeta #03 anexos pruebas demanda
[43] Folio 7 del documento pruebas Carpeta #03 anexos pruebas demanda
[44] Folio 8 del documento pruebas Carpeta #03 anexos pruebas demanda

lo cual fue calificado por la entidad demandada como muerte en simple actividad[45].

Así mismo, fue aportado al expediente copia de la Resolución 7088 de 3 de junio de 1996[46], por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva y la compensación por muerte a la demandante en su calidad de cónyuge supérstite y a su entonces menor hijo Jhon Anderson Yara Pérez.

Se observa que la demandante solicitó ante la entidad demandada, mediante escrito del 19 de agosto de 2020, el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge.

Así mismo, se verifica que la parte demandada en la Resolución 5195 de 16 de octubre de 2020, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante, señalando que no era posible acceder a la solicitud por cuanto el causante no cumplía con el tiempo de servicio exigido en el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, norma vigente para el momento de su deceso, destacando la imposibilidad de aplicar el Decreto 4433 de 2004 y la Ley 923 al no encontrarse vigentes al momento del fallecimiento del causante.

Inconforme con la decisión anterior, la demandante interpuso recurso de reposición el 26 de octubre de 2020, señalando que en virtud de lo establecido por el Consejo de Estado en su jurisprudencia unificada debía tenerse en cuenta lo establecido en el régimen general al existir un vacío en el Decreto 1211 de 1990 respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, el cual fue establecido con la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004. Recurso del cual no existe constancia en el expediente que hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte de la entidad.

3.3. Aplicabilidad de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 en el caso concreto

Ahora bien, se observa que en el concepto de la violación la parte demandante expone que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 4433 de 2004, al haberse acreditado que el causante en su condición de oficial del Ejército Nacional tenía más de un año de servicio después de haber sido dado de alta como subteniente y así mismo, que la señora Myriam Pérez Charry era su cónyuge supérstite, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes establecida en dicha norma.

De esta manera, como se advirtió en el acápite del marco normativo se advierte que le asiste razón a la parte demandante respecto de los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión de sobrevivientes en aplicación del Decreto 4433 de 2004, los cual evidentemente acredita la demandante, comoquiera que demostró que estaba casada con el causante para el momento de su

[45] Documento #40 del expediente
[46] Ibidem

fallecimiento y así mismo, respecto al tiempo de servicios se acreditó que el uniformado fallecido tenía más de 2 años de servicios en la institución siendo retirado del servicio por su deceso.

Sin embargo, se observa que es la fecha del fallecimiento la que determina la norma que debe aplicarse, por cuanto no es posible, so pretexto de la observancia del principio de favorabilidad, aplicar una norma que no estaba vigente para el momento en que tuvo lugar el deceso, por cuanto se estarían aplicando de manera retroactiva normas que no tienen esos efectos temporales.

Al respecto en la sentencia de unificación que se estima desconocida por la parte actora, el Consejo de Estado[47], al analizar la aplicación del principio de favorabilidad, señaló que uno de sus requisitos fundamentales consiste en: i) la existencia de varias fuentes formales del derecho que regulen la misma situación fáctica; ii) que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho; iii) exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar y iv) la norma elegida debe aplicarse en su integridad, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma. Vale decir que este criterio es el vigente y unificado, modificando las tesis anteriores que permitían la aplicación retrospectiva del régimen general a situaciones acaecidas con anterioridad a su vigencia, lo cual fue modificado en el sentido de establecer que es la normativa vigente al momento del fallecimiento la que debe analizarse para aplicarla de manera más favorable a una situación concreta de manera íntegra.

Por lo anterior, atendiendo a que el causante Arcesio Yara Vargas (q.e.p.d) falleció el 14 de enero de 1996, no es posible aplicar lo previsto en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, por cuanto dichas normas no estaban vigentes al momento del deceso y en ese sentido, no es posible optar por su aplicación en vez del Decreto 1211 de 1990, dado que no estaba vigente al momento de causarse el derecho.

3.4. Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la Ley 100 de 1993

Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos administrativos acusados negaron el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de la demandante, bajo el argumento de la falta de acreditación de los requisitos establecidos en el Decreto 1211 de 1990, dado que particularmente no reunía el tiempo de servicios requerido en el literal c del artículo 191 de dicha norma, la cual establecía el mínimo de 15 años de servicios para acceder a la pensión de sobrevivientes por causa del fallecimiento de un uniformado en simple actividad.

Así mismo, además de lo solicitado respecto de la aplicación de lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 y la Ley 923 de la misma anualidad, la parte demandante señala que la entidad debió atender a lo previsto en la Ley 100 de 1993, en virtud de lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

[47] sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018 CE-SUJ-SII-009-2018 SUJ-009-S2, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2015-00965-01

Para resolver se tiene entonces, que ante el panorama jurisprudencial expuesto a la fecha se encuentra superada la barrera de aplicación de la normativa en comento, que imponía el artículo 279, pues si bien expresamente tal artículo excluyó la aplicación, ha considerado esta jurisdicción que es aplicable en virtud del artículo 288, pues debe considerarse a los Uniformados como parte del universo de trabajadores a que se refiere esa norma y por favorabilidad, extender los efectos del sistema general de seguridad social en materia pensiona, siempre y cuando dicha norma se encontrase vigente para el momento del fallecimiento.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta que el causante no prestó sus servicios por el tiempo exigido en el literal C del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, vigente para la época del deceso y antes citado, no queda otro camino que acudir al régimen general que contempla la Ley 100 de 1993, vigente a partir del 1° de abril de 1994, atendiendo lo señalado en el artículo 151 ibidem, comoquiera que el Subteniente Yara Vargas (q.e.p.d) falleció el 15 de enero de 1996.

Lo aquí señalado conlleva a revisar los presupuestos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y ello lo determina la fecha del fallecimiento del causante, que lo es el 15 de enero de 1996, en razón a que los artículos 46 y 47 de la normativa en comento han sido reformados por la Ley 797 de 2003, cambiando requisitos y condiciones de beneficiarios, por tanto al haber tenido lugar el deceso sin la modificación introducida por esta última ley se debe analizar la acreditación de los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 sin modificaciones.

Así las cosas, el texto original de los artículos 46 y 47 de la Ley de 1993, en su literal a, establecen como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes por parte de la cónyuge supérstite los siguientes: i) que el afiliado se encuentra cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte o que habiendo dejado de cotizar hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que produzca la muerte; ii) en forma vitalicia la cónyuge cuando acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, **salvo que hubiera procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.**

Ahora bien, respecto de la acreditación de las 26 semanas de cotización se observa que el causante se encontraba vinculado inicialmente como alférez desde el 10 de noviembre de 1994, es decir con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, y se retiró por causa de muerte el 14 de enero de 1996, por lo que acreditaba 61 semanas de cotización, sin perjuicio del tiempo de servicios anterior computado en calidad de estudiante de la Escuela Militar.

Respecto de los beneficiarios, quien concurre a reclamar es la cónyuge supérstite quien se encuentra legitimada conforme con el literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, quien acreditó en el proceso haber estado casada con el causante desde el 30 de diciembre de 1995, por lo que en principio no cumpliría con el periodo de 2 años de convivencia con anterioridad al fallecimiento, requerido en la norma, no obstante, también acreditó que procreó un hijo con el causante, por lo que en aplicación del mencionado artículo no tiene que acreditar la

convivencia señalada, y, en consecuencia, cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada.

Al analizar la constitucionalidad del requisito sustitutivo de la procreación de un hijo, la Corte Constitucional en la sentencia C-389 de 1996, señaló:

> *"(...) La simple comparación del texto aprobado en las comisiones y el texto definitivo de la ley 100 de 1993 confirma que el* ***requisito de haber procreado uno o más hijos con el pensionado se predica únicamente como posibilidad alterna a la exigencia de haber convivido al menos dos años con el pensionado fallecido,*** *por lo cual los otros requisitos -convivencia efectiva con el pensionado al momento de su muerte y al menos desde el momento en que tuvo derecho a su pensión- son necesarios, conforme a la ley, para que el cónyuge o compañero supérstite puedan acceder a la pensión de sobreviviente.*
>
> *5- Esta conclusión no sólo deriva del precedente estudio literal e histórico del literal parcialmente acusado sino también de un análisis del sentido mismo de la figura de la pensión de sobrevivientes. Así, esta Corporación ya había señalado, en anteriores ocasiones, que el derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes". Esto significa entonces que la legislación colombiana acoge un criterio material - esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte - como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido.*
>
> *Por todo lo anterior, la Corte considera que es equivocada la interpretación que efectúa el actor del literal parcialmente acusado, pues la norma establece que para que el compañero o cónyuge supérstite pueda acceder a la pensión de sobreviviente es necesario:*
> *- que conviva con el pensionado al momento de su muerte; (...)*
>
> *- y, finalmente, que haya convivido al menos dos años continuos, y sólo este último requisito puede ser reemplazado por la condición alterna de haber procreado uno o más hijos con el pensionado.(...)"*

En este punto es necesario señalar que el artículo 47 de la Ley 100, traía un requisito adicional consistente en la demostración de la convivencia efectiva al momento en que el beneficiario hubiera cumplido los requisitos para acceder a una pensión de vejez o invalidez, sin embargo, dicho requisito fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1176 de 2001.

De esta manera, se advierte que de conformidad con las reglas de unificación establecidas en la sentencia de 1° de marzo de 2018[48] proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, atendiendo a que el causante en su condición de oficial del Ejército Nacional falleció en simple actividad con anterioridad a la vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100

[48] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018 CE-SUJ-SII-009-2018 SUJ-009-S2, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2015-00965-01

de 1993, su cónyuge supérstite puede beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general conforme los artículos 46, 47 y 48 de la referida ley.

Así las cosas, atendiendo a que la demandante acreditó ser cónyuge supérstite del causante, dado que se encontraba casada en el momento de su fallecimiento y que procreó un hijo con el beneficiario, aunado a que el Subteniente Yara Vargas acreditó más de 26 semanas de servicio (cotización) para el momento de su fallecimiento en simple actividad, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes establecida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, la cual deberá ser liquidada en un 45% del ingreso base de liquidación conforme el artículo 48 ibidem, mismo que deberá ser establecido conforme con lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley el cual estableció que corresponde al promedio de salarios sobre los cuales cotizó el causante durante todo el tiempo laborado en la entidad demandada al ser inferior a 10 años, en virtud del principio de inescindibilidad, y en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

De igual manera, atendiendo a que se probó en el expediente que la demandante recibió unas sumas por concepto de compensación por la muerte del causante, la entidad demandada al momento de dar cumplimiento a la sentencia deberá descontar del retroactivo pensional el monto pagado a la señora Myriam Pérez Charry por dicho concepto debidamente indexado, atendiendo a las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018 CE-SUJ-SII-009-2018 SUJ-009-S2, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2015-00965-01, las cuales son las siguientes:

> *"(...) 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.(...)"*

3.5 Efectividad de la prestación y prescripción de mesadas

En cuanto a la efectividad de la prestación si bien en las pretensiones de la demanda se solicita que se reconozca la prestación a partir del día del fallecimiento del causante, debe tenerse en cuenta que si bien es procedente que el reconocimiento se haga a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento, esto es, el 15 de enero de 1996, como presentó reclamación administrativa hasta el 28 de agosto de 2020 y la demanda el 23 de junio de 2021, operó el fenómeno jurídico de la prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2017, dado que entre la causación del derecho y la petición trascurrieron más de tres años, mientras que la demanda fue presentada dentro de los tres años siguientes a la interrupción de la prescripción. Ahora bien, esta

prestación deberá ser reconocida en un 100% comoquiera que el hijo cumplió la mayoría de edad el 9 de julio de 2013.

3.6. Reconocimiento de daños morales y a derechos convencionales

Finalmente y en torno a la pretensión de reconocimiento de la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales, es pertinente indicar que conforme al concepto estructurado en sentencia de unificación del Consejo de Estado, el perjuicio moral *"se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo."*[49]

Ahora bien, respecto de los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, el Consejo de Estado Sección Tercera[50], ha señalado que los mismos son una categoría de daño inmaterial autónomo cuya reparación es dispositiva y se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, atendiendo a que busca no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad sino que pueda volver a disfrutar de sus derechos y así mismo, requiere de un presupuesto de declaración *"(...) debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobar las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. (...)"*

En la controversia objeto de conocimiento la parte accionante no acreditó la carga probatoria que permitiera demostrar la existencia del presunto perjuicio inmaterial de carácter moral que se dijo padeció la demandante, ni la existencia del mismo, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización pretendida en los términos señalados en la demanda, así mismo, respecto del daño a bienes y derechos convencionales, debe decirse que además de no haber sido acreditados no se cumple con el presupuesto de declaración de responsabilidad del Estado por dicho concepto y en consecuencia no es posible acceder a esta pretensión y sólo se accederá a las pretensiones económicas ya indicadas en precedencia.

4. Condena y restablecimiento del derecho

Por lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución no. 5195 de 16 de octubre de 2020, expedida por la Directora Administrativa y el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante, así mismo, se declarará la existencia y nulidad del acto ficto o presunto negativo

---

[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014 con radicado número 66001233100020010073101.
[50] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014 con radicado número 05001232500019990106301

configurado ante la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto frente a la resolución señalada a partir del 26 de diciembre de 2020

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordenará a la entidad demanda que reconozca y pague a la demandante Myriam Pérez Charry el 100% de la pensión de sobrevivientes establecida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, la cual deberá ser liquidada en un 45% del ingreso base de liquidación conforme el artículo 48 ibidem, mismo que deberá ser establecido conforme con lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley el cual estableció que corresponde al promedio de salarios sobre los cuales cotizó el causante durante todo el tiempo laborado en la entidad demandada al ser inferior a 10 años, en virtud del principio de inescindibilidad, que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 28 de agosto de 2017 por prescripción trienal, descontando el monto reconocido a la demandante por concepto de compensación por muerte.

5. Condena en Costas

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la demandada, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe. Además, porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 del C.G.P.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO: **DECLARAR PROBADA DE OFICIO** la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2017, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **Declarar la existencia** del acto ficto o presunto negativo originado por la falta de respuesta de la **Nación – Ministerio de Defensa Nacional,** al recurso de reposición presentado por la demandante el 26 de octubre de 2020.

TERCERO: **Declarar la nulidad** de los siguientes actos administrativos: i) Resolución no. 5195 de 16 de octubre de 2020, expedida por la Directora Administrativa y el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante; y ii) del acto ficto o presunto de carácter negativo configurado ante la falta de respuesta al recurso de reposición presentado por la demandante el 26 de octubre de 2020 contra la resolución inicial.

CUARTO: **Condenar** a la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional,** a lo siguiente:

a) Reconocer la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del Subteniente Arcesio Yara Vargas (Q.E.P.D), a la señora **Myriam Pérez Charry**, identificada con cédula de ciudadanía No. 65.739.585 expedida en Ibagué, conforme con lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, prestación que deberá ser liquidada en un **45% del ingreso base de liquidación conforme el artículo 48 ibidem** (mismo que deberá ser establecido conforme con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 el cual estableció que corresponde al promedio de salarios sobre los cuales cotizó el causante durante todo el tiempo laborado en la entidad demandada al ser inferior a 10 años), en virtud del principio de inescindibilidad, que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente, a partir **del 28 de agosto de 2017** por prescripción trienal.

b) Descontar del retroactivo pensional al que haya lugar, la suma pagada a la demandante por concepto de compensación por muerte debidamente indexado y conforme con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

c) Las mesadas no canceladas, será objeto de indexación, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La indexación mencionada, se efectuará con la aplicación de los índices de inflación certificados por el D.A.N.E., teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de pensión de sobrevivientes, 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.

d) **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: No condenar en costas a la entidad demandada de acuerdo con las consideraciones de la presente sentencia.

SÉPTIMO: En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría DEVUÉLVASE al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
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: **569e024036838230714ed747669bb2e1e179210aea7ae8f2376998bf36f3aa3c**
Documento generado en 31/07/2023 10:14:16 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica