



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001333300720170022000
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	MAGUI MOSQUERA TARRAZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por MAGUI MOSQUERA TARRAZ, contra el NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

- Declarar la nulidad del oficio No. 021269 de fecha 26 de enero de 2017 y se le restablezcan los Derechos a la demandante MAGUI MOSQUERA TARRAZ en aras de obtener la pensión de sobreviviente.
- Consecuentemente a lo anterior, solicita que se le reconozca y cancele la pensión de sobreviviente a partir del nacimiento del derecho (26 de noviembre de 2006), en calidad de cónyuge supérstite y en representación de los menores PABLO ISAAC Y RUTH NOHEMY AGUDELO MOSQUERA respectivamente, hijos del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, mesadas causadas y las adicionales e intereses moratorios.
- Se condene al Ministerio de Defensa – Policía Nacional a reconocerle y pagarle a la demandante, MAGUI MOSQUERA TRRAZ, la pensión de sobreviviente a partir del 26 de noviembre de 2006, en calidad de cónyuge supérstite y representación los menores Pablo Isaac y Ruth Nohemy Agudelo Mosquera hijos del señor Manuel Gregorio Agudelo Morante, hasta la fecha en que se cumpla con la obligación legal, mesada este indexadas.
- Los intereses de mora de acuerdo a lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 hasta la fecha que se cumpla la obligación legal.
- Que se condene a la demandada extra y ultra petita.

II. HECHOS

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

- 1-. El sub intendente MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE Q.E.P.D ingresó a la policía nacional desde el día 7 de febrero de 1997 hasta el día 4 de enero de 2005, cumplimiento a un total de 9 de años 10 meses y 22 días laborados. Fue retirado el 4 de enero de 2005 según resolución 0613 de 31 de diciembre de 2004.
- 2-. El subintendente retirado Manuel Gregorio Agudelo Morante falleció el 26 de noviembre de 2006. Para ese momento no se encontraba afiliado a ningún otro fondo de pensiones ni caja fuera al de la Policía Nacional.
- 3-. Al momento del fallecimiento contaba con más de 50 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores, cumpliendo con la exigencia contemplada en el artículo 46 de la ley 100 de 1993.
- 4.- Mediante oficio No. 021269 de fecha 26 de enero de 2017, la Policía Nacional dio respuesta negativa a la petición de reconocimiento y pago a la pensión de sobreviviente, solicitada el 12 de octubre de 2016.

- CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Señala la accionante como fundamento los artículos:

- 1, 2, 4, 5, 6, 13, 48, 53 y 90 de la Constitución Política Nacional,
1, 2, 3, 4, 15, 46, 47, 288 de la ley 100 de 1993.

Para el concepto de violación, aduce que el señor Gregorio Agudelo Morante al momento de s fallecimiento 26 de noviembre de 2006, dejó el derecho causado a la pensión de sobreviviente, ya que en vigencia de la ley 860 de 2003, había cotizado un monto superior a las 50 semanas de cotización anteriores a su fallecimiento, tal como se puede determinar con los bonos pensionales en los formatos Cleb, cumpliendo con la exigencia de la artículo 46 de la ley 100 de 1993.

- CONTESTACIÓN

La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

Contestó demanda oponiéndose a todas y cada uno de las pretensiones, manifestado el supuesto causante fue miembro de la Policía Nacional, hasta el día 13 de marzo de 2009 en el grado de Subintendente y estando ya retirado del servicio activo de la policía nacional falleció el 19 de junio de 2010, por lo que no es viable aplicar ninguna norma del decreto 4433 de 2004 y/o 1091 del año 1995. Así mismo asegura que no hay cabida a comparar los derechos pensionales generados por el causante entre las normas especiales por la que se regían estando en actividad del servicio y la ley 100 de 1993 en virtud al principio de favorabilidad y derecho a la igualdad.

Por lo tanto solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda de la forma como viene planteada en la demanda.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 21 de julio de 2017, correspondió por reparto a este despacho su conocimiento. El 1 de agosto de 2017 se inadmite demanda ordenando subsanar, lo cual fue atendido en el término procesal correspondiente, admitiéndose mediante auto de 23 de agosto de 2017, realizándose las notificaciones correspondientes.

El ente demandado la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, contestó demanda en término sin presentar excepciones, celebrando audiencia inicial el 27 de julio de 2018, en el que se decretaron pruebas testimoniales y oficios, las cuales fueron practicadas en audiencia de 20 de septiembre de 2018 y se dispuso declarar precluido el periodo probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos.

Una vez vencido el término de alegatos, este Despacho procede a dictar sentencia

- ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante reiteró cada uno de sus hechos narrados en la demanda y confirmó sus pretensiones, arguyendo que el presente caso se debe dirimir aplicando el régimen establecido para ello, es decir ley 100 de 1993, puesto que al momento que se declararon la muerte presunta del causante ya no hacia parte de la policía nacional, Lo anterior en virtud del principio de igualdad y favorabilidad.

La policía nacional mediante apoderado manifiesta que al momento del fallecimiento del causante el día 6 de noviembre de 2006, éste no tenía vínculo laboral con la Institución demandada ya que se había retirado del servicio activo el 4 de enero de 2005, no existiendo vulneración alguna a derechos constitucionales, en virtud del presunto causante. Por lo tanto al no encontrarse un nexo causal solicita se nieguen las pretensiones.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante este Despacho, no presentó concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

La entidad demandada no presentó excepciones

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar si:

¿Se encuentra viciada de nulidad el oficio No. S-2017-021269, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, en la cual se niega el reconocimiento de pensión de sobreviviente a la actora MAGUI MOSQUERA TARRAZ, por no dar aplicación a la Ley 100 de 1993, la más favorable para el caso?

¿Tiene la demandante derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente por parte de la Policía Nacional, en razón al tiempo de servicio prestado en vida por el difunto MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, Periodo comprendido entre 7 de febrero de 1997 hasta el día 4 de enero de 2005?

- TESIS

Para este Despacho, en consideración a lo dispuesto por el Honorable consejo de estado¹, teniendo en cuenta que existe un vacío normativo en el régimen especial de la fuerza pública frente a aquellos agentes que fallecen después de que son retirados del servicio, como en el presente caso, para este despacho en concordancia con lo señalado por la alta corte, el régimen que resulta aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993,

Lo anterior, en virtud el principio de igualdad señalada por la Honorable Corte Constitucional² por cuanto existe la posibilidad de aplicar el régimen general cuando exista una discriminación entre uno y otro régimen, toda vez que la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al Sistema General de Seguridad Social.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Decreto 3135 de 1968.

Artículo 39. "Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes. Decreto Reglamentario 1848 de 1969". (...)

Artículo 80. "Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el en el Artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal".

¹ Consejo de estado, sala de contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, REF: EXPEDIENTE No. 68001233100020110398 01. No. INTERNO: 4597-2014. MP. Sandra Lisett Ibarra Vélez.

² Sentencia C-461 de 1995 de corte constitucional

Artículo 92. *“Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.*

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973, que dispuso:

Artículo 1°.

“Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. (...)”

Parágrafo 2°. *A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.”*

Seguidamente la Ley 12 de 1975, en su artículo 1° indica:

“El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas. (...)”

Es decir, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, y luego se extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, amparando el derecho de la familia del empleado que no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Con la expedición de la ley 100 de 1993, se crea el Sistema General de Pensiones derogando normas anteriores y reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes, señalando que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el afiliado que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

“(...) Artículo. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003, Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones.*

a) Literal INEXEQUIBLE

b) Literal INEXEQUIBLE (...).”

En conclusión, se tiene que en la actualidad en vez de la sustitución pensional rige la pensión de sobrevivientes contemplada dentro del Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes.

-. Ahora bien respecto a las disposiciones sobre la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública.

El Decreto 2728 de 1968, en su artículo 8 indicaba:

“Artículo 8. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago decuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

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

Decreto 1211 de 1990 se determinó las prestaciones por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. El artículo 189, indicó:

“(...) A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además 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 cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*
- b). Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*
- c). Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público 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.*
- d). Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión*

mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto”

La Ley 447 de 1998, dispuso en su artículo 1°, que “(...) a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes (...)”.

Con posterioridad se dictó la Ley 923 de 2004 artículo 3 estableció los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez, en los siguientes términos:

“Artículo 3. 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 (...)”

Artículo 6. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley (...)”.

Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

En el artículo 1 Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto (...)”.

En el artículo 21 se establecieron los requisitos para la pensión de sobreviviente en simple actividad, en los siguientes términos:

“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”

El consejo de estado³ ha señalado:

“Bajo ese entendido, y dado que existe un vacío normativo en el régimen especial de las Fuerzas Militares frente a aquellos Soldados Profesionales que fallecen después de que son retirados del servicio, como en el presente caso, se debe entonces concluir que es el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, el que le resulta aplicable al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), puesto que para el momento en que se declaró su muerte presunta, ya no hacía parte de las Fuerzas Militares.

Lo anterior, por cuanto existe la posibilidad de aplicar el régimen general cuando exista una discriminación entre uno y otro régimen, cuando la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de esta situación de desigualdad, es preciso indicar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta Corporación⁴ han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto establezcan beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir que sean superiores a los del común de la población, porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que establecen el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social”.

³Consejo de estado, sala de contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, REF: EXPEDIENTE No. 68001233100020110398 01. No. INTERNO: 4597-2014. MP. Sandra Lisett Ibarra Vélez.

⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

- CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la señora Magui Mosquera Tarraz, actuando en representación de sus hijos Pablo Isaac y Ruth Nohemí Agudelo Mosquera, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Manuel Gregorio Agudelo Morante, en calidad de cónyuge e hijos respectivamente, con base a lo señalado en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, por considerarla más favorable, toda vez que al momento de su fallecimiento el causante no se encontraba afiliado a otro fondo o caja de pensiones fuera a la de la policía nacional.

Es preciso indicar, que el señor Manuel Gregorio Agudelo Morante, fue declarado muerto, por orden judicial de 22 de septiembre de 2016, cuya fecha de defunción inscrita fue el 26 de noviembre de 2006 según registro civil de defunción⁵

-Hechos Probados

- La muerte del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, certificada mediante Registro Civil de Defunción, en el cual consta la fecha de defunción de 26 de noviembre de 2006, y la orden de inscripción de orden judicial de 22 de septiembre de 2016, que obra a folio 31 .
- La filiación de Pablo Isaac Agudelo Mosquera nacido el 19 de julio de 2000, como hijo del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, según consta en el registro civil de nacimiento, que obra a folio 36 del expediente.
- La filiación de Ruth Nohemy Agudelo Mosquera nacida el 9 de octubre de 2004, como hija del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, según consta el registro civil de nacimiento de obra a folio 38 del expediente, que obra a folio 38
- La sociedad conyugal constituido por el señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE y la actora *MAGUI MOSQUERA TARRAZ*, celebrado el 4 de septiembre de 1998, según registro de matrimonio de 4 de septiembre de 1998. Que obra a folio 32
- La vinculación laboral del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, a la Policía nacional en el cargo de subintendente desde 7 de febrero de 1997 hasta el 4 de enero de 2005, según certificado de información laboral de periodos para bonos pensionales y pensiones expedido el 24 de octubre de 2016. Que obra a folio 16-17
- El salario devengado por el señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE, al momento de retiro era por la suma de \$1.023.981 de conformidad con la certificación de salarios mes a mes expedido para liquidar pensiones del régimen de prima media expedida el 24 de noviembre de 2016 por la Policía Nacional que obra a folio 18-23.
- Antecedentes administrativos que obra en cd.
- Que la sociedad conyugal estaba vigente entre MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE y la actora MAGUI MOSQUERA TARRAZ al momento del desaparecimiento del señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE.
- Mediante oficio 02126 de fecha de 26 de enero de 2017, se negó la solicitud de reconocimiento pensional realizada por la actora

⁵ Folio 31 del expediente

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

El Régimen Especial de la Fuerza pública establecido en el Decreto 4433 de 2004 no es el aplicable para el caso en concreto, puesto que para el 24 de noviembre de 2006, fecha en que fue declarado presuntamente muerto el señor MANUEL GREGORIO AGUDELO MORANTE ya se encontraba retirado del servicio como consecuencia de la resolución 03443 de 31 de diciembre de 2004, notificada el 4 de enero de 2005.

En consideración a lo dispuesto por el Honorable consejo de estado⁶, teniendo que existe un vacío normativo en el régimen especial de la fuerza pública frente a aquellos agentes que fallecen después de que son retirados del servicio, como en el presente caso, para este despacho en concordancia con lo señalado por la alta corte, el régimen que resulta aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993,

Lo anterior, en virtud el principio de igualdad señalada por la Honorable corte constitucional⁷ por cuanto existe la posibilidad de aplicar el régimen general cuando exista una discriminación entre uno y otro régimen, toda vez que la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al Sistema General de Seguridad Social.

En el entendido que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto establezcan beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir que sean superiores a los del común de la población, porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que establecen el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social⁸.

Por consiguiente, si a los actores se les aplica la normativa del régimen especial de la Fuerza Pública para determinar si tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, necesariamente habría que negar la petición, como se hizo en la actuación administrativa, sin embargo, si se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha de declararse la muerte presunta, seria procedente reconocer la pensión de sobrevivientes, observando previamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Siendo ello así ante la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se aplica aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia, dando aplicación al principio de favorabilidad.

Ahora bien, para establecer si la actora cumple con los requisitos señalados en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para efectos de ordenar su reconocimiento, se tiene en cuenta día 24 de noviembre de 2006 como fecha inicial del conteo regresivo de las 50 semanas, que debieron ser cotizadas durante los últimos tres años anteriores a la fecha del fallecimiento, se concluiría sin lugar a dudas que los beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que entre el 25 de noviembre de 2003, fecha inicial del conteo, y el 4 de enero de 2005, fecha en que fue retirado del servicio, transcurrieron las 50 semanas necesarias para el mencionado reconocimiento.

⁶ Consejo de estado, sala de contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, REF: EXPEDIENTE No. 68001233100020110398 01. No. INTERNO: 4597-2014. MP. Sandra Lisett Ibarra Vélez.

⁷ Sentencia C-461 de 1995 de corte constitucional

⁸ ibidem

Es pertinente señalar⁹, que por vía jurisprudencial se ha expresado desde el año 2002 que tratándose de la pensión por sobrevivencia cuando la muerte es declarada por desaparecimiento, la fecha a tener en cuenta por el operador jurídico para determinar el requisito de las cotizaciones no debe ser la declarada por el Juez sino aquella en la que la persona desapareció, como quiera que se torna en un imposible categórico que se hayan efectuado cotizaciones dentro del lapso comprendido entre el desaparecimiento y la declaratoria de muerte presunta¹⁰.

En consecuencia, la fecha que se debe tener en cuenta para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, no puede ser el de la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones.

De conformidad con lo expuesto, para este Despacho, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, por no sustentarse en los principios constitucionales aplicables al caso.

En ese orden de idea, así se declarará y se ordenará al reconocimiento y pago por parte de la demandada, a la pensión de sobreviviente, desde el 26 de noviembre de 2006, de conformidad con lo dispuesto en la ley 100 de 1993 a la señora Magui Mosquera Tarraz, en calidad de cónyuge el 50% y a los hijos Pablo Isaac y Ruth Agudelo Mosquera, 25% cada uno, siempre y cuando acrediten ser menores de edad o estar incapacitados para laborar por razón de sus estudios hasta los 25 años de edad. Se advierte que una vez cese la calidad de beneficiario de esta prestación de los hijos del causante, la cuota parte de éstos, pasará la señora Magui Mosquera Tarraz, hasta obtener el 100% de la pensión de sobreviviente.

Sobre el particular se advierte que los valores adeudados serán ajustados en los términos del 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo que corresponde a lo dejado de percibir, por guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁹ Consejo de estado, sala de contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, REF: EXPEDIENTE No. 68001233100020110398 01. No. INTERNO: 4597-2014. MP. Sandra Lisett Ibarra Vélez.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de julio de 2002, Radicación No.16947, Magistrado Ponente: Luis Gonzalo Toro Correa.

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE la Nulidad del oficio No. 021269 de fecha 26 de enero de 2017, expedido por el ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional secretaria general, mediante el cual se negó la solicitud de pensión de sobreviviente solicitada por la señora MAGUI MOSQUERA TARRAZ, en nombre propio y en representación de sus hijos PABLO ISAAC Y RUTH NOHEMY AGUDELO MOSQUERA, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional al reconocimiento y pago, desde el 26 de noviembre de 2006 por parte de la demandada, a la pensión de sobreviviente, de conformidad con las normas dispuesta en la ley 100 de 1993 a la señora **MAGUI MOSQUERA TARRAZ**, en calidad de cónyuge supérstite el 50% y a los hijos Pablo Isaac y Ruth Agudelo Mosquera, cuota parte de 25% a cada uno, siempre y cuando acrediten ser menores de edad o estar incapacitados para laborar por razón de sus estudios hasta los 25 años de edad. Una vez cese la calidad de beneficiario de esta prestación por parte de los hijos del causante, la cuota parte pasará la señora MAGUI MOSQUERA TARRAZ, hasta obtener el 100% de la pensión de sobreviviente.

TERCERO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

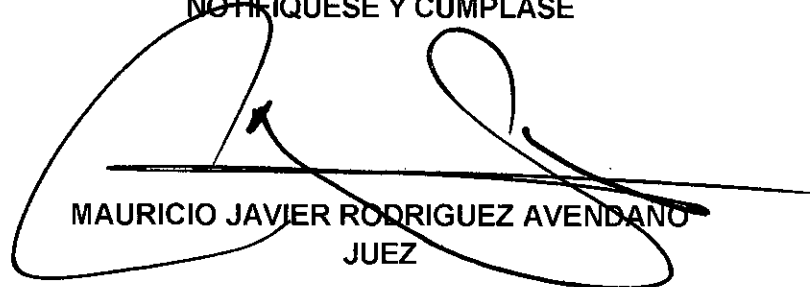
CUARTO: Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

SEXTO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDANO
JUEZ

KS