



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref. Expediente: 73001-33-33-009-2018-00340-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Numero Interno: 483-2021
Demandante: JOSE RAMON VARGAS VELOZA Y OTRO
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

I. ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte actora en contra de sentencia proferida el 23 de abril de los corrientes por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. Declaraciones y Condenas (fls. 47-48 C. Ppal.)

“PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- La nulidad total de la Resolución número 0197 (12) de enero de 2017, mediante la cual se le niega la pensión de sobrevivientes a los señores José Ramón Vargas Veloza y María Luisa Chitiva de Vargas.
- La nulidad total de la Resolución número 1575 del (17) de abril de 2017, mediante la confirma, en todas sus partes la Resolución No 0197 del (12) de enero de 2017 (sic).

Los que fueron proferidos por el Ministerio de Defensa Nacional y por los cuales se niega a mis mandantes el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a que tienen derecho como padres del soldado voluntario (hoy soldado profesional) Fernando Vargas Chitiva (q.e.p.d.) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía 93.212.052 del Líbano-Tolima, y de quien dependían económicamente.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejercito Nacional, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de mis mandantes José Ramón Vargas Veloza, identificado con cédula de ciudadanía 2.395.650 de Villahermosa-Tolima, y María Luisa Chitiva de Vargas, identificada con cédula de ciudadanía número 28.811.507 de Líbano-Tolima.

TERCERO: *Teniendo en cuenta el fenómeno jurídico de la prescripción, las mesadas pensionales han de reconocerse desde tres (3) años anteriores, a la última petición de reconocimiento pensional, esto es, que si la petición fue recibida por el Ejército Nacional el día (08) de noviembre de año 2016, esta pensión se debe reconocer desde el día ocho de noviembre del año dos mil trece (2013).*

CUARTO: *La Nación – Ministerio de Defensa- Ejercito Nacional, cancele las sumas correspondientes debidamente indexadas y que se originaron por el no pago de las correspondientes mesadas pensionales*

QUINTO: *Que, en caso de oposición, se condene en costa a la parte demandada conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A.*

SEXTO: *Que, si no se efectúa el pago en forma oportuna, se liquiden los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

2. Fundamentos fácticos (fls 48-50 C. Ppal)

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

1. El señor Fernando Vargas Chitiva, se vinculó como soldado regular y luego como soldado voluntario al Ejército Nacional, prestando sus servicios desde el 02 de mayo de 1993 hasta el 27 de junio de 2002, día de su fallecimiento.
2. El deceso del señor Vargas Chitiva, fue calificado por la institución demandada en SIMPLE ACTIVIDAD, tal como consta en el informe administrativo por muerte, obrante en el expediente.
3. Para la época del fallecimiento del soldado Vargas Chitiva, éste era soltero, no tenía hijos y le sobrevivían sus padres José Ramón Vargas Veloza y Maria Luisa Chitiva de Vargas, a quienes el Ejército Nacional los reconoció como beneficiarios de sus prestaciones sociales.
4. El soldado Fernando Vargas Chitiva, desde que se vinculó como soldado voluntario ante la entidad accionada, se hizo a cargo de sus progenitores, ya que eran personas de la tercera edad y carecían de recursos económicos para su propia subsistencia.
5. El pasado 08 de noviembre de 2016, los demandantes, por conducto de su apoderado judicial solicitaron ante la Coordinadora de Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicitud esta que despachada desfavorablemente a través de las Resoluciones 0197 de 12 de enero de 2017 y 1575 de 17 de abril de 2017.

3.- Contestación de la demanda (fls.86-100 C. Ppal).

Mediante vocera judicial, la entidad demandada contestó el libelo introductorio, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones del extremo activo.

Indicó que los demandantes no tenían derecho al reconocimiento pensional pretendido, por cuanto no se daban los requisitos del artículo 80 del Decreto

2728 de 1968 y el artículo 34 del decreto 4433 de 2004, en atención a la calidad que ostentaba el causante y la causa de su muerte.

Adujo que para el reconocimiento pensional pretendido no podía darse aplicación a la Ley de Seguridad Social, toda vez que ésta, en su artículo 279, excluyó de su aplicación, entre otros, a los servidores Militares y de la Policía; así mismo señaló que para dar aplicabilidad a la Ley más favorable se debía acatar lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta Política, en virtud del cual, sólo en caso de duda es viable la aplicación de la Ley más favorable, situación que no encajaba en el caso objeto de análisis, toda vez que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 expresamente exceptuó de su aplicación a los miembros de la Fuerza Pública.

4. La sentencia impugnada.¹

Lo es la proferida el 23 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

Luego de citar las disposiciones normativas y jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de los miembros de la Fuerza Pública, señaló que, en relación con la muerte de soldados voluntarios fallecidos en simple actividad, no existía criterio de unificación por parte de nuestro órgano de Cierre Jurisdiccional.

Manifestó que, en tratándose de soldados voluntarios, el régimen prestacional que los regula es el establecido en el Decreto 2728, y dicha normativa sólo estableció como prestaciones derivadas de la muerte del soldado, el reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico, sin que estableciera reconocimiento pensional para los deudos del causante.

Aseveró que era improcedente la aplicación de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad argüida por el apoderado judicial de la parte actora, como quiera que el personal perteneciente a las fuerzas militares, se encontraba expresamente excluido del Régimen General de Seguridad Social; así mismo señaló, que la dicotomía que implica la aplicación del principio de favorabilidad, comprendía la existencia de dos o más parámetros legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos, y que si bien el *sub examine* la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente para la época del fallecimiento del causante, la misma no resultaba aplicable, por tratarse de un trabajador perteneciente a un régimen expresamente excluido. Igualmente señaló, que la única confrontación normativa admisible lo sería respecto de las normas que gobiernan el mismo personal, aun cuando se traten de rangos o escalafones diferentes.

5.- El recurso de apelación.²

Oportunamente la apoderada de la parte actora interpuso el recurso de apelación, en procura de que la providencia impugnada sea revocada, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

¹ Ver Expte Juzgado

² Ver Expte Juzgado

Luego de invocar diversas providencias de las Altas Cortes relacionadas con el principio de favorabilidad y con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, señaló que el extinto Soldado Fernando Vargas Chitiva, falleció el 27 de junio de 2002, es decir, antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por lo que no le era aplicable esta última norma, sin embargo indicó, que en aplicación del principio de favorabilidad, y para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se debía dar aplicación a lo dispuesto en el Régimen General de Seguridad Social, pues conforme al criterio jurisprudencial que ha analizado dicho principio, cuando la norma especial presenta requisitos más exigentes que la general y que imposibilitan acceder al derecho pensional, se debe dar aplicación a este último régimen.

Afirmó que la providencia impugnada vulnera el artículo 53 de la Carta Política, que hace referencia al principio de favorabilidad en materia laboral y que además desconoce el precedente que al respecto ha establecido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, pues la decisión impugnada, fundó su tesis argumentando que la Ley 100 de 1993 excluía los regímenes especiales, sin analizar a profundidad los precedentes judiciales relacionados con el principio de favorabilidad.

Refirió, en virtud del aludido principio de favorabilidad que se debe escoger en su integridad el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que le resulte más favorable.

III. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de 23 de julio de 2021 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado del extremo activo, sin que ninguno de los sujetos procesales se hubiese manifestado sobre el mismo, y como quiera que no se requirió la práctica de pruebas, se omitió correr traslado a las partes en los términos señalados en el numeral 5 del Artículo 247 del C.P.A.C.A.

Pretende la parte recurrente que se revoque la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el pasado 23 de abril de 2021, por medio de la cual se denegaron las suplicas de la demanda, al indicar, que debía darse aplicación al principio de favorabilidad y con fundamento en este ordenarse el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida conforme lo preceptuado en la Ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Es competente esta Colegiatura para desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 23 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces.

2. El Problema Jurídico.

En términos de la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si fue acertada la decisión del *a-quo*, al denegar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los padres del extinto soldado Fernando Vargas Chitiva, o si por el contrario y tal como lo afirma el recurrente, la prestación solicitada deberá ser ordenada en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad.

Previo a resolver el problema jurídico arriba expuesto, y en aras de dilucidar las disertaciones planteadas por el recurrente, considera pertinente este Colectivo, traer a colación las disposiciones legales que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de los miembros de la Fuerza Pública.

3. Marco Legal

- Decreto 2728 1968, “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”:

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

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente 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.”.

De la precitada disposición se extrae que el régimen de prestaciones sociales de personal Militar, únicamente reconocía a favor de los beneficiarios del soldado fallecido por cualesquiera de las causas allí contempladas, una prestación indemnizatoria y el pago doble del auxilio de cesantías, sin que en dicha disposición se enunciara reconocimiento alguno sobre la pensión de sobrevivientes.

- Por su parte el Decreto 1211 de 1990 por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares estableció:

“ARTICULO 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. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en las Sentencias C-101 de 2003 y C-1032 de 2002, en relación con los cargos analizados en la misma, Providencia confirmada en la Sentencia C-132 de 2003.)

La anterior disposición reconoció por primera vez a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales, fallecidos en actividad, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente (s).

De lo anterior se deduce que las precitadas normas, vigentes para la fecha en que ocurrió el deceso del extinto soldado Vargas Chitiva, nada dijeron acerca de la pensión de sobrevivientes respecto de los soldados de las Fuerzas Militares, pues la primera de ellas, pese a que hizo referencia a los soldados, nada dijo sobre la pensión de sobrevivientes, y la segunda, a pesar que reconoció la pensión de sobrevivientes, sólo lo hizo respecto del personal oficial y suboficial de las Fuerzas Militares, dejando en el limbo a los soldados de dicha institución.

Respecto del anterior vacío jurídico o discriminatorio, el Honorable Consejo de Estado, en providencia del pasado 7 de julio de 2007 manifestó lo siguiente:

“No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

(.....)

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4^a de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la

*Fuerza Pública*³.

De lo anterior se infiere que, pese a que las disposiciones legales transliteradas no reconocían pensión alguna a los beneficiarios de soldados regulares fallecidos en cualesquiera de las circunstancias que allí se establecen, la alta Corporación en aplicación a los principios de igualdad y seguridad social, dispuso los mismos beneficios pensionales de que gozan el personal oficial y suboficial de las fuerzas militares para los soldados regulares.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se desarrolló dentro del Régimen General de Seguridad Social, una modalidad de previsión denominada pensión de sobrevivientes, que no sólo preveía la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, sino el reconocimiento de dicha prestación para los familiares de aquél que, encontrándose afiliado al sistema y sin haber logrado el status pensional, falleciere, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el Legislador.

Así las cosas, es del caso resaltar que la aludida prestación, consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, en forma tal, que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante, es decir, que ésta responde a la necesidad de mantener para los beneficiarios, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del trabajador o del pensionado fallecido, derecho que, al desconocerse, puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales

El artículo 46 de la Ley de Seguridad Social fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pero en el *sub judice* se hará referencia a la citada disposición sin la modificación antes aludida, toda vez que la muerte de soldado Fernando Vargas Chitiva acaeció el 27 de junio de 2002, fecha para la cual todavía se encontraba vigente la citada disposición sin modificación alguna, así:

“ARTÍCULO 46. 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 que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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

PARAGRAFO: Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley “

³ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09).

Por su parte, el artículo 47 *ibidem* dispone que, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

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

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

De las disposiciones normativas citadas en precedencia, se evidencia que existe una diferencia entre el régimen especial de las Fuerzas Militares consagrado en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, y el régimen general descrito en la ley 100 de 1993, pues en el primero se estableció el pago de una indemnización por muerte, en el segundo, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, condicionada a la prestación del servicio por parte de causante por 15 años, mientras que en el régimen general, permite el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los padres del causante, ante la ausencia de compañera permanente e hijos y, se exige una cotización mínima de veintiséis (26) semanas, al momento de la muerte.

Ahora bien, es claro que el artículo 279 de la Ley de Seguridad Social excluyó de su aplicación, entre otros, a los miembros de la Fuerza Pública de la aplicación de dicho régimen, la citada norma dispuso:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley...”.

Tal como se desprende del artículo transliterado, los miembros de la Fuerza Pública no están cobijados bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, empero, ha sido reiterada la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre al establecer la postura según la cual, debe dársele prevalencia a la aplicación régimen general sobre el especial, cuando éste último contiene exigencias, requisitos o condiciones más rígidos o menos favorables que el primero, caso en el cual, las prestaciones económicas a reconocer deben sujetarse a las exigencias

propias del régimen general, en aplicación al principio de la condición más favorable. Al respecto a sostenido el H. Consejo de Estado:

“Esta Corporación ha manifestado⁴ que a las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan un caso particular, sólo debe acudir en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario la prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convertiría en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

También ha dicho⁵ que las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, encuentran sentido en cuanto ellas suponen la existencia de unas condiciones más favorables para los trabajadores a quienes comprenden. Por eso, cuando tales excepciones conllevan un tratamiento inequitativo frente al que se otorga para la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, deben ser desechadas porque quebrantan el principio de la igualdad.

Eso es precisamente lo que ocurre en el caso que se estudia, pues las previsiones de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la pensión de sobrevivientes - arts. 46 a 48- resultan más favorables que la sustitución de las prestaciones por retiro o por muerte en situaciones especiales de los Agentes de la Policía Nacional.

En tal sentido, el desenlace del debate no puede conducir a una decisión como la adoptada por la entidad demandada, de negar la prestación porque se está en un régimen especial, cuando se han cumplido y satisfecho los requisitos de la norma general contenida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

La Corte Constitucional se refirió a la aplicación del régimen más favorable y a la exclusión de un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector. Razonó así la alta Corporación:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garantizan en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta...”

(...)

“...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia

⁴ Sentencia del 6 de marzo del 2003, exp. No. 1707-02 Actor: Hermilda Centeno Mier. MP. Ana Margarita Olaya Forero.

⁵ Sentencia de 9 de febrero de 2006, expediente N° 0426 M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993....”⁶¹⁸

Para la Sala resultan aplicables las consideraciones antes transcritas, pues si el causante cumplía con los requisitos para que a sus beneficiarios les fuera concedida la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no con los previstos en el régimen especial, sin lugar a dudas, debe decretarse su reconocimiento en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad.

Para reforzar el argumento anterior se dirá que el artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993, dispuso que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado o servidor público, tiene derecho a que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime más favorable ante la comparación con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia”⁷.

Igualmente, el H. Consejo de Estado, mediante providencia de 25 de abril de 2013, al estudiar un caso similar al que es objeto de estudio, relacionado con la aplicación del Sistema General de Pensiones, en lugar del Régimen Especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, para efectos de proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, efectuó las siguientes consideraciones:

“La jurisprudencia de esta Corporación 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”⁸.

Y en sentencia fechada el 07 de julio de 2011⁹, el máximo órgano de cierre esta jurisdicción, precisó lo siguiente:

“A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que

⁶ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección II Subsección A, expediente No. 08001-23-31-000-2004-01755-01(0466-09). Sentencia del 23 del septiembre de 2010. CP. Luis Vergara Q. Igualmente ver, Consejo de Estado, Sección II, Subsección B, Expediente No. 18001-23-31-000-1999-00123-01(3945-04).CP. – expediente 05001-23-31-000-2004-05492-01(2711-08) CP. Bertha Lucia Ramírez; Sección II Subsección B 08001-23-31-000-2005-03074-01(2249-08). CP. Víctor Alvarado Ardila; Consejo de Estado, Sección II, expediente No. 76001-23-31-000-2003-04045-01(1371-07). CP. Gustavo Gómez A: Consejo de Estado, Sección II Subsección A, expediente 68001-23- 15-000-2003-00184-01(0987-08) CP. Luis Vergara Q.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09),

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09).

conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte. En punto de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional¹⁰ ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

“ 1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte (...). Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él (...).”

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulare que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.”

De lo anterior se infiere, sin lugar a equívocos, que en tratándose del reconocimiento de pensión de sobrevivientes de miembros de la Fuerza Pública, se dará aplicación a lo preceptuado a la Ley General de Seguridad Social, pese a que dichos funcionarios gozan de un régimen especial, pero que, en efecto, este resulta más gravoso en el campo prestacional y rompe a todas luces con una de las prerrogativas características de los regímenes especiales, como lo es, el que sus normas sean más benéficas; por lo tanto en aplicación a los principios de igualdad, seguridad social y favorabilidad debe dársele prevalencia a una ley de carácter general sobre una particular, se reitera, cuando ésta resulte más benéfica.

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso planteado, es posible afirmar que la pensión de sobrevivientes, puede reconocerse con fundamento en el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, por aplicación del principio fundamental de favorabilidad, siempre que el hecho generador del derecho

¹⁰ Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

prestacional, a saber, la muerte del causante, haya ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia del régimen general, a saber, el 1º de abril de 1994.

4. CASO CONCRETO:

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio:

A: Prueba Documental.

- Registro civil del nacimiento del extinto soldado Fernando Vargas Chitiva, de donde se extrae que evidentemente los aquí demandantes son los padres del causante.¹¹
- Registro civil de defunción del fallecido Soldado Fernando Vargas Chitiva¹².
- Hoja de servicios del extinto soldado¹³.
- Informe administrativo por muerte, en donde se indica que el extinto soldado Vargas Chitva falleció "Simplemente en Actividad".¹⁴
- Declaraciones extrajuicio de los señores Gabriel López Vega y María Bertilda Soto, en donde indican que los aquí demandantes dependían económicamente de su extinto hijo.¹⁵
- Resolución No 0197 de 12 de enero de 2017, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las demandantes¹⁶.
- Resolución No 1575 de 17 de abril 2017, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto que negó el reconocimiento pensional, confirmándolo en su totalidad¹⁷.
- Resolución No 24681 de 23 de diciembre de 2002, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, ordenó el reconocimiento de prestaciones sociales favor de los aquí demandantes.¹⁸

B. De la Prueba testimonial-

Durante el trámite de la audiencia de pruebas se recepcionaron los testimonios decretados en la audiencia inicial, de cuyo recuento y previa verificación del registro de audio se extrae lo siguiente:

- **María Bertilda Soto.**

Manifestó que conocía a los demandantes, que ellos Vivian en una finquita de sus suegros, que eran personas muy pobres y que tenían más hijos, pero

¹¹ Ver Expediente Juzgado – C.Ppal – fls 10-11

¹² Vr Expte Juzgado – C.Ppal – fl 12

¹³ Ver Expte Juzgado – C.Ppal fls 123-124

¹⁴ Ver Expte Juzgado- C.PPal -fl 125

¹⁵ Ver fl Expediente Juzgado – C.Ppal – fls 13-14

¹⁶ Ver Expte Juzgado- C.Ppal - fls 22-24

¹⁷ Ver Expte Juzgado- C.Ppal - fls 32-35

¹⁸ Ver Expte Juzgado – C, Ppal Fls 157-158

ellos también eran de muy pocos recursos, que eran jornaleros; así mismo indicó, que estando en vida el joven Fernando, él velaba por el sostenimiento de sus padres, ya que trabajaba en el Ejército y cuando salía de ahí siempre iba a visitarlos a la casa del Líbano, donde vivían para dicha época.

- **Gabriel López Vega**

Indicó que él era campesino, que los demandantes eran sus suegros, que eran personas de muy pocos recursos económicos, que su pareja era hija de ellos y no le podía brindar ningún apoyo económico a sus padres, pues indicó que la situación económica de ellos también era muy precaria y que lo poco que percibían era para solventar su sustento y el de sus hijos; igualmente manifestó que cuanto vivía el Soldado Fernando, éste era el que suministraba dinero a sus padres y veía por su sostenimiento, porque de los hijos de la pareja, éste era el que mejor se encontraba económicamente y cuando falleció sus padres quedaron muy desamparados.

- **Sandra Vargas Chitiva.**

Manifestó que ella era hija de los demandantes, que para la época en que su hermano Fernando Falleció, ella vivía con sus padres, y que él siempre les colaboraba económicamente llevándoles mercado y que incluso le ayudaba a ella con el estudio, que a pesar de que ella tenía más hermanos, ninguno de ellos tenía buenos recursos para colaborar con el sostenimiento de sus padres, ya que eran muy pobres y cada uno tenía que atender y velar por el sustento de sus propios hogares; así mismo indicó que su padre se dedicaba a las labores agrícolas, ayudándole a su abuelo en el campo, y que su madre se dedicaba a las labores de la casa.

Luego de revisar el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditado, que el extinto Soldado Fernando Vargas Chitiva, estuvo vinculado con el Ejército Nacional, en primer lugar, prestando el servicio militar obligatorio, desde el 02 de abril de 1993 hasta el 18 de junio de 1994 y como Soldado voluntario desde el 01 de septiembre de 1995 hasta el 27 de julio de 2002, fecha de su fallecimiento, es decir, que prestó sus servicios por un periodo de 06 años y 09 meses 25 días, tal como se advierte en su hoja de servicios.

Como consecuencia de su fallecimiento, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, a través de la Resolución No. 24681 de 23 de diciembre de 2002, ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, con cargo al presupuesto del Ejército Nacional, por la suma de \$17.552.148.00, a favor de los señores José Ramón Vargas Veloza y María Luisa Chitiva de Vargas, en calidad de padres del Soldado voluntario Fernando Vargas Chitiva, distribuidos así: la suma de \$12.913.440.00, por concepto de compensación por muerte, y la suma de \$4.638.708.00, por concepto de bonificación.

Ahora bien, resulta evidente que en el *sub judice*, la aplicación del régimen especial resulta menos favorable a los intereses de los demandantes, toda vez que el Decreto 1211 de 1990, que reconoció la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los miembros de la fuerza pública, exige como mínimo para el reconocimiento de dicha prestación, que el militar fallecido haya estado al servicio de la institución como mínimo durante 15 años, situación ésta que no cumplió el extinto soldado Vargas Chitiva.

Empero, la Ley 100 de 1993, antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, aplicable al caso *sub examine*, como se expuso anteriormente, solo exigía como

requisito para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, que el afiliado hubiese cotizado 26 semanas al momento de su muerte, situación ésta que a todas luces cumplía el occiso, y que por ende, permite que sus beneficiarios acceden a la solicitada prestación.

Igualmente habrá de señalarse, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres del causante tienen el carácter de beneficiarios, cuando éste no deja hijos ni cónyuge o compañero o compañera permanente, siempre y cuando se demuestre su dependencia económica, situación ésta que quedó debidamente acreditada en el plenario, tal como se extrae de la prueba testimonial recaudada y de las demás pruebas documentales allegadas al encuadernamiento.

En este orden de Ideas, y en acatamiento al precedente jurisprudencial expuesto en párrafos precedentes, en el presente asunto se dará aplicación a lo dispuesto en la ley General de Seguridad Social, con sujeción al principio de favorabilidad, razón por la cual la providencia impugnada será revocada en su totalidad, y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda.

Dicho lo anterior, se advierte que la prestación aquí reconocida deberá efectuarse a partir del 08 de noviembre de 2013, dada que, si bien el militar falleció el 27 de junio de 2002, la correspondiente reclamación se elevó el 08 de noviembre de 2016, habiendo operado la prescripción trienal de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 08 de noviembre de 2013.¹⁹

Además, para la liquidación de dichas sumas debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reliquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas, o sea la fecha de la liquidación de la pensión

Finalmente habrá de decirse, que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación SUJ-016-S2 del 30 de mayo de 2019²⁰, señaló que de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes, es posible descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional, regla jurisprudencial esta, que se fijó en los siguientes términos

“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 de la Policía Nacional 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,

¹⁹ Ver archivo digital 01CdoPpal.1PDF – fls. 4-7.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)CE-SUJ-016-19

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, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. (...)

En virtud de lo anterior, este Colectivo ordenará el descuento del valor reconocido en la Resolución No. 24681 de 23 de diciembre de 2002, por compensación por muerte, lo cual corresponde a la suma de \$12.913.440.00, ante la incompatibilidad de ambas prestaciones.

Se advierte igualmente que en caso de que el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar (\$12.913.440.00), supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

5. Las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., fija las reglas que deben sujetarse para la condena en costa, señalando que en los eventos en los que la sentencia de segunda instancia proferida por el superior jerárquico o funcional revoque totalmente la del inferior, la parte que resulte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Así las cosas, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación; evento en el cual se ordena incluir en la liquidación el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo N°. PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, cuya liquidación deberá verificarse por la Secretaría del Juzgado de origen, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

REVOQUESE en su integridad la sentencia impugnada proferida el 23 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos 0197 de 12 de enero de 2017 y 1575 de 17 de abril de 2017, por medio de las cuales, la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes, con ocasión de la muerte de su hijo Fernando Vargas Chitiva Navarro.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a reconocer y pagar a los señores José Ramón Vargas Veloza y María Luisa Chitiva de Vargas, en su condición de padres del extinto Soldado Fernando Vargas Chitiva, la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y con efectos fiscales a partir del 08 de noviembre de 2013.

TERCERO: De los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes, se ORDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte a favor de los demandantes, en su calidad de padres del soldado voluntario Fernando Vargas Chitiva, según el valor reconocido en la Resolución No. 0246811 de 23 de diciembre de 2002, lo cual corresponde a la suma de \$ 12.913.440.00.

CUARTO: Declárase la prescripción trienal de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 08 de noviembre de 2013.

QUINTO: DESE cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA-

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría del Juzgado de origen.

SEPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P., y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del D. 359 de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando en tal condición.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha

Los Magistrados,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS


JOSÉ ALÉTH RUIZ CASTRO

Nota: Se suscribe esta providencia con firma digital y electrónica, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 – coronavirus- en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **c58a967b2f67a5392e2bfcc3ad506b7504ede584d67335c4910dabea1dd1520e**

Documento generado en 09/12/2021 08:24:24 AM

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