



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018).

SENTENCIA

Expediente: 250002342000-2015-06230-00
Demandante: GLADYS RAMÍREZ DELGADILLO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL-
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: Acrecimiento mesada pensional sustituida a compañera
permanente por fallecimiento de la cónyuge.

I. ASUNTO

Decide la Sala la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora GLADYS RAMÍREZ DELGADILLO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-.

II. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES. La parte actora solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo **CREMIL No. 2015-48360 de 15 de julio de 2015** (fls. 4-4 vltto), por medio del cual se negó el acrecimiento de la sustitución de la asignación de retiro del señor Capitán de Fragata de la Armada Nacional Ricardo Adolfo Fernández Guzmán (q.e.p.d.).

A título de restablecimiento del derecho solicita condenar a CREMIL a reconocer, reliquidar y pagar, los valores producto del acrecimiento de la sustitución de la asignación de retiro y reajustar las mesadas de manera indexada con la inclusión del 50% del que disfrutaba la señora Rosa María Juan de Fernández, en calidad de

cónyuge, quien falleció, desde el 8 de julio de 2014 hasta la sentencia; pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia; que se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

2. HECHOS. Mediante Resolución No. 06603 de 5 de diciembre de 1967 CREMIL reconoció asignación de retiro al Capitán de Fragata de la Armada Nacional señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán, quien falleció en el año 1997, razón por la cual fue reconocida la pensión de beneficiaria a la señora Rosa María Juan de Fernández como cónyuge. No obstante lo anterior, afirma la demandante que en su calidad de compañera permanente y madre de los únicos hijos que tuvo el causante, solicitó el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, el cual fue otorgado a través de la Resolución No. 6046 de 23 de diciembre de 2011 en la cual se reconoció el 50% para la cónyuge y el 50% para la demandante.

Señala que mediante la Resolución No. 7421 de 21 de agosto de 2014 CREMIL actualizó la sustitución de la asignación de retiro determinando la extinción del derecho de la cuota (50%) de que era titular la cónyuge, señora Rosa María Juan de Fernández, a partir del 8 de julio de 2014, fecha en que se produjo su fallecimiento. Por lo anterior, el 30 de junio de 2015 solicitó el acrecimiento de su cuota pensional teniendo en cuenta el fallecimiento de la cónyuge, no obstante, la petición fue resuelta desfavorablemente mediante el acto acusado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Violación de normas constitucionales. Preámbulo, Artículos 2, 4, 5, 13, 42, 43, 48, 53 y 58.

Violación de normas legales. Decretos 1211 de 1990 y 1029 de 1994.

Considera que el acto demandado desconoce los principios de legalidad y favorabilidad en materia laboral, al haberle negado su derecho con base en el Decreto 1211 de 1990, porque no contempla como beneficiaria a la compañera permanente, sin embargo, a través del Decreto 1029 de 1994 se determinó que el reconocimiento de derechos prestacionales se pagaría a la familia de conformidad con la definición contenida en el artículo 110, según el cual, la familia está constituida por el cónyuge o compañera permanente, los hijos menores de 21 años, los estudiantes hasta la edad de 24 años y los hijos discapacitados. Por lo anterior,

se desconoce también el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 que prevé que a la muerte de un oficial u suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión equivalente a la totalidad de la prestación que venía devengando el causante. Si bien la entidad sustenta su negativa en que la compañera permanente no está contemplada como beneficiaria para el acrecimiento de la cuota pensional, con ello se vulneran derechos como la igualdad, in dubio pro operario y favorabilidad en materia laboral.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

CREMIL contestó en término la demanda mediante memorial visible a folios 49 y 50 del plenario. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que cuando falleció el señor Capitán de Fragata se reconoció pensión de beneficiarios a la cónyuge en un 50% y a los 4 hijos en un 12.50% cada uno; posteriormente, mediante Resolución No. 6046 de 23 de diciembre de 2011 se actualizó la sustitución de la asignación de retiro quedando distribuida entre la cónyuge en un 50% y la demandante como compañera permanente en un 50%. A través de la Resolución No. 7241 de 21 de agosto de 2014, confirmada por la Resolución No. 8503 del mismo año, se actualizó la pensión de beneficiarios por fallecimiento de la cónyuge, sin embargo, no se acrecentó la cuota a favor de la actora, de conformidad con el artículo 185 y los incisos 3 y 4 del artículo 188 del Decreto 1211 de 1990.

Las mencionadas normas prevén que son beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial y Suboficial en goce de asignación de retiro, la cónyuge, los hijos y los padres y a su vez que en caso de extinción de la pensión, se irá decretando a partir del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente, teniendo en cuenta que la porción de la cónyuge acrecerá a la de los hijos y las de estos a la de la cónyuge, es decir, que en los demás casos no habrá derecho a acrecimiento, motivo por los cuales el acto demandado se ajustó a las normas aplicables vigentes al momento de su expedición y se deben negar las pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte demandante (fls. 138-146) reiteró en esencia los argumentos expuestos en la demanda e hizo énfasis en que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad, pues en su condición de beneficiaria del causante tiene un derecho adquirido, teniendo en cuenta que el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 dispone

que los beneficiarios del Oficial o Suboficial tendrán derecho a la pensión de beneficiarios equivalente a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante; de igual forma, se debe tomar en consideración el concepto de familia previsto en el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, pese a que en el Decreto 1211/90 no se incluya como beneficiaria para acrecentar la mesada a la compañera permanente, situación que vulnera el principio a la igualdad.

La entidad demandada guardó silencio.

Ministerio Público (fls. 134-137), rindió concepto en el cual sostuvo que las pretensiones están llamadas a prosperar, ya que la actora como beneficiaria de la sustitución sería igualmente beneficiaria del acrecimiento de la misma, pues no sería coherente aducir con fundamento en el artículo 188 del Decreto 1211/90, *“cuyo alcance ya ha sido dimensionado a la luz de la actual realidad y noción de familia constitucionalmente protegida”*, que la actora en calidad de compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional conjuntamente con la cónyuge, pero no tiene derecho al acrecimiento, figura que va ligada a la sustitución. Trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta jurisdicción en las cuales se ha aceptado la existencia de dos beneficiarias de la pensión en el mismo orden y el acrecimiento de la mesada a favor de la compañera permanente.

V. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema jurídico. Se debe determinar si la parte demandante en su calidad de compañera permanente y beneficiaria del señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán (q.e.p.d.), tiene derecho a que se acrecente su porción de la asignación de retiro que le fue sustituida, por muerte de la cónyuge supérstite favorecida con el otro 50% de la asignación.

2. Marco Normativo aplicable.

2.1 La pensión de sobrevivientes es un derecho económico de carácter social reconocido en el inciso 3 del artículo 53 de la Constitución Política, como garantía a cargo del Estado, el cual debe hacer el reconocimiento oportuno y el reajuste periódico; esta protección ha sido establecida a nivel internacional, en el artículo 16¹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el numeral

¹ *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*

1º del artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas aplicables en el ordenamiento interno en virtud del artículo 93 Superior.

2.2. El derecho a la sustitución pensional está instituido como un *mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado*, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, *“pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho”*.³

Como el señor RICARDO ADOLFO FERNÁNDEZ GUZMÁN **integrante de la Armada Nacional**, falleció el 22 de mayo de 1989 (fl.9), las normas vigentes aplicables a la sustitución pensional eran los artículos 180, 183 y 190 del **Decreto 95 de 1989**, que disponen:

“ARTÍCULO 180. ORDEN DE BENEFICIARIOS. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales o 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 estos 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, el cónyuge sobreviviente lleva toda la prestación.
- d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

(...)”

“ARTÍCULO 183. EXTINCIÓN DE PENSIONES. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen ~~para el cónyuge si contrae nuevas nupcias~~ y para los hijos por muerte, matrimonio, independencia económica, o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo las hijas célibes, los hijos inválidos absolutos y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial.

² “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.”

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de julio de 2013. Radicado No. 17001-23-31-000-2007-00006-02(2217-12). CP. Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E).

La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí, y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.

(...)” (Aparte tachado declarado inexecutable mediante sentencia C-464 de 2004)

“ARTÍCULO 190. MUERTE EN GOCE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO O PENSIÓN. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> A la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios, en el orden y proporción establecidos en este Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación de que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge, los hijos hasta la edad de veintiún (21) o veinticuatro (24) años si fueren estudiantes, las hijas célibes, los inválidos absolutos cualquiera sea su edad, tendrán derecho a que en el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos, mientras disfruten de pensión decretada con base en los servicios del militar fallecido.

PARÁGRAFO. El Gobierno establecerá tarifas variables para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.”

La anterior normativa fue derogada por el **Decreto 1211 de 1990** “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares” que en esencia no tuvo cambio sustancial en la materia, pues contempló el mismo orden de beneficiarios, tanto para la sustitución pensional como para el acrecimiento de la pensión, así:

“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 dividirá entre los padres así:
(...)

- 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 corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

“**ARTÍCULO 188. EXTINCIÓN DE PENSIONES.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen ~~para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y~~⁴ para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios.
(...)

La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.

(...)” (subraya fuera de texto original)

Como se puede ver, las normas que regulan las prestaciones sociales del personal uniformado de las Fuerzas Militares no contemplan dentro del orden de beneficiarios de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado fallecido; no obstante, ha de entenderse que **la compañera permanente superviviente está contemplada en dicho orden, por mandato del artículo 13 y 42 de la Constitución Política, según el cual la familia no sólo se constituye por el matrimonio, sino por la voluntad libre y responsable de conformarla.**

Lo anterior se da porque a partir de la Constitución de 1991, bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia adquirió especial importancia y protección, sin importar que su origen o fuente de conformación sea legal (matrimonio) o de hecho (unión marital). Este criterio fue reiterado por el Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 12 de junio de 2014 (Exp. No. 54001-23-31-000-2003-01297-01(2336-13) con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren), en la cual sostuvo:

“Por su parte, el Consejo de Estado ha resguardado el principio de igualdad entre cónyuges supervivientes y compañeras permanentes, puesto que si era la familia un interés jurídico a proteger, no era jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene el derecho a

⁴ Aparte tachado declarado inexecutable mediante sentencia C-182 de 1997.

este beneficio. Bajo ese contexto, se fue perfilando el derrotero jurisprudencial que se marcaría hacia el futuro, pues indicó que primaría un criterio material, referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte y no tanto al del vínculo matrimonial para indicar quién tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular⁵.

En efecto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, los que estructuran y le brindan cohesión a la institución; por ende, se puede afirmar, que ha dejado de ser una institución ancestral estructurada sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos, para transformarse en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones o integraciones.

Justamente, en desarrollo de esa manifestación libre y espontánea, se ha llegado al punto de exhortar al Legislador⁶ para que determine la manera de cómo se puede formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él, pues para nadie es un secreto que la homosexualidad se ha tornado más visible a través de los tiempos y actualmente goza de mayor aceptación por parte de la sociedad.

(...)

Entonces, no se puede censurar o reprochar a quien en uso de su libertad conformó una unión marital de hecho, como quiera que el concepto de familia ha evolucionado a través del tiempo, a tal punto, que lo que realmente interesa en nuestro Estado Social de Derecho es la protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real sentido de igualdad.

Descendiendo este panorama al reconocimiento de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes (según la Ley 100 de 1993), se tiene que es indiferente cualquier distinción que se realice en cuanto a la conformación de familia, puesto que lo realmente importante es el compromiso de apoyo afectivo, la comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de ellos y la convivencia efectiva.” (subraya fuera de texto original)

De acuerdo con lo anterior, es claro que a partir de la Constitución Política de 1991, la tanto la cónyuge supérstite como la compañera permanente del causante están legitimadas para reclamar la sustitución pensional.

2.3 De otro lado, la **Ley 100 de 1993**⁷ reguló el régimen de seguridad social, el cual cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte, consagrando pensiones e indemnizaciones sustitutivas para los afiliados y sus beneficiarios encaminados a

⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 24 de mayo de 1994, expediente No. 6263, Actor: Ignacio Castilla, M.P. Dr. Diego Younes Moreno.

⁶ Mediante Sentencia C-577 de 26 de julio de 2011 de la Corte Constitucional, expedientes acumulados D-8367 y D-8376, M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se resolvió “(...) **EXHORTAR** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas (...).”

⁷ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarresten las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se ven sometidos. Dicha norma que entró a regir en materia pensional el 1º de abril de 1994, dispuso en su artículo 279 que los miembros de la Fuerza Pública se encontraban excluidos de su aplicación. Al respecto consagró:

“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, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)” (negrilla fuera de texto original)

No obstante la anterior previsión, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que **es viable la aplicación del régimen general sobre el especial cuando este último resulta ser más desfavorable** para obtener el derecho a la pensión de sobreviviente. Así, en casos como el de los miembros de la Fuerza Pública que pese a encontrarse excluidos de la Ley 100/93, pueden acudir a esta normativa, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral. Sobre el particular el H. Consejo de Estado expresó en un caso análogo lo siguiente:

"3. Principio de favorabilidad en materia laboral.

Al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, para acceder a la pensión de sobrevivientes, se observa que el primero es altamente más beneficioso que el especial pues requiere una fidelidad al sistema de 26 semanas, entre tanto el segundo exige que como mínimo la prestación del servicio haya tenido una duración igual o superior a 12 años.

Respecto a esta situación de desigualdad, es preciso señalar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta Corporación³ han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren 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 consagran

el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.

(...)

Conforme a lo anteriormente expuesto si a la demandante se le aplicara el Decreto 1091 de 1995 para determinar si tiene derecho a acceder a pensión de sobrevivientes que reclama, en su condición de madre del señor JHORMAN GONZAÜAZ, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que esta disposición es clara en cuanto a los requisitos exigidos para obtener este beneficio pensional los cuales no se lograron acreditar en este caso por cuanto el causante sólo estuvo vinculado durante 3 años al servicio de la Policía Nacional.

Por el contrario, si para los mismos efectos se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha del fallecimiento, la respuesta al anterior cuestionamiento, prima facie, sería afirmativa y, en consecuencia, debería reconocerse la prestación periódica reclamada.

(...)

*En conclusión, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiario.*⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original)

En ese sentido, es claro que pese a que los regímenes especiales suponen condiciones más favorables para quienes son beneficiarios, razón en la cual se sustentan las excepciones plasmadas en el artículo 279 de la Ley 100/93, lo cierto es que, cuando tales excepciones contengan un tratamiento diferencial o inequitativo e incurran en discriminación, no deben ser aplicadas, so pena de vulnerar los derechos a la igualdad, a la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social y el principio de favorabilidad. Es por ello, que en casos en que exista duda en la aplicación o interpretación de normas que regulen de manera diferente una misma situación de hecho, se debe dar aplicación a la más beneficiosa, es decir, que si el régimen general de seguridad social establecido en la Ley 100/93 prevé mejores beneficios que el régimen especial, se aplicará el primero.

Así las cosas, se tiene que la Ley 100 de 1993, que también regula el caso se encontraba vigente cuando se redistribuyó la pensión del causante entre la cónyuge

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de abril de 2009. Radicado No. 76001-23-31-000-2004-0029301(2300-06). CP. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

y la demandante, así como para la época del deceso de la cónyuge beneficiaria (8 de julio de 2014).

La anterior norma fue reglamentada mediante el **Decreto 1889 de 1994**, el cual, en el artículo 8⁹ regula la distribución de la pensión de sobrevivientes y en el **parágrafo primero** señala que *“Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.”*

3. Decisión del caso.

Se encuentra probado que al señor RICARDO ADOLFO FERNÁNDEZ GUZMÁN (q.e.p.d.), en su calidad de Capitán de Fragata (R) de la Armada Nacional, mediante **Resolución No. 06603 de 5 de diciembre de 1967**, la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional le **reconoció una asignación mensual de retiro** equivalente al 85% del sueldo básico de actividad para el grado y demás partidas computables (fls. 5-6). El 22 de mayo de 1989 acaeció el deceso del causante (fl.9).

Con ocasión del fallecimiento del suboficial retirado, la entidad demandada **reconoció la pensión de beneficiarios** a la cónyuge supérstite en un porcentaje del 50% y a los cuatro hijos menores que tuvo el causante con la demandante (Marcela Fernández Ramírez, Ricardo José Fernández Ramírez, Francisco Miguel Fernández Ramírez y Camilo Alejandro Fernández Ramírez), en un porcentaje del 12.50% para cada uno, a través de la **Resolución No. 1960 de 20 de octubre de 1989**, efectiva a partir del 22 de mayo de 1989 (fls. 65-66 vlto).

La entidad demandada, mediante **Resolución No. 0943 de julio de 1995 actualizó la pensión de beneficiarios**, en razón a que una de las hijas del causante (Marcela Fernández Ramírez) cumplió 25 años de edad y por ende su derecho se extinguió,

⁹ *“ARTICULO 8o. DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:*

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.”

situación que implicó el acrecimiento de la cuota para la cónyuge y los otros tres hijos restantes, quedando con un porcentaje del 53.14% y 15.62%, respectivamente (fls. 68 vlto -70).

A través de la **Resolución No. 6046 de 23 de diciembre de 2011 se redistribuyó la pensión de beneficiarios**, reconociendo el 50% para la señora Gladys Ramírez Delgadillo, en calidad de compañera permanente y el otro 50% para la cónyuge (fls. 7-8 vlto).

Posteriormente, por medio de la **Resolución No. 7241 de 21 de agosto de 2014** (fls. 14-14 vlto), la entidad demandada actualizó la sustitución de la asignación de retiro del señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán, en el sentido de extinguir el derecho de la cuota prestacional de la cual era titular la cónyuge, en razón a su fallecimiento ocurrido el 8 de julio de 2014. La anterior resolución fue confirmada a través de la **Resolución No. 8503 de 7 de octubre de 2014** (fls. 111-112)

Ante la anterior situación, la demandante, el 30 de junio de 2015, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que se incrementara su cuota prestacional de un 50 a un 100%, debido al fallecimiento de la cónyuge (fls. 2-3).

La Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió desfavorablemente la petición de la actora, a través del **Oficio No. 2015-48360 de 15 de julio de 2015**, objeto de esta demanda, expresándole que de conformidad con el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990 la porción de la cónyuge solo podrá acrecentar la de los hijos, y la de éstos a la de la cónyuge, y en los demás casos no habrá derecho al acrecimiento, por lo tanto, en su calidad de compañera permanente no es posible acrecentar su cuota a un 100% (fl. 4-4 vlto).

Así las cosas, observa la Sala que en el presente caso no se discute la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional de la demandante, como compañera permanente, pues la propia entidad así lo reconoció a través de la Resolución No. 6046 de 23 de diciembre de 2011 mediante la cual le otorgó el 50% de la pensión.

Ahora bien, se debe precisar que al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, en lo concerniente a la sustitución pensional y el acrecimiento de la cuota, se observa que el primero es más beneficioso que el especial, puesto que el régimen general contempla que cuando se pierda o expire el derecho de alguno de los beneficiarios de la pensión

de sobrevivientes, dentro de los cuales hace referencia a la cónyuge y la compañera permanente, *“la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden”*, mientras que el régimen de la Fuerza Pública no contempla a la compañera permanente como beneficiaria y prevé que únicamente la porción de la cónyuge podrá acrecentar la de los hijos.

Respecto a esta situación de desigualdad que se presenta entre el régimen especial frente al Régimen General de la Ley 100/93, es preciso señalar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, 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 negativa 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.

La anterior, circunstancia aunada a que, el tratamiento igualitario que se predica para las diferentes formas de constitución de una familia, es igualmente aplicable a sus integrantes, es decir, que la compañera permanente goza de las mismas prerrogativas que la cónyuge, pues los derechos de la seguridad social comprende a ambas de la misma manera. Por lo anterior, si en el *sub lite* la demandante en su calidad de compañera permanente es beneficiaria de la sustitución pensional y por ende le fue otorgado el 50%, significa que también es beneficiaria del acrecimiento de su cuota pensional por el fallecimiento de la cónyuge, como lo prevé el parágrafo primero del artículo 8 del Decreto 1889 de 1994.

El Consejo de Estado, en un caso análogo, en el que se discutía el derecho a la sustitución pensional entre la cónyuge y la compañera permanente por convivencia simultánea, indicó que la porción de la cónyuge acrecenta la cuota de la compañera permanente en caso de fallecimiento de aquella. Al respecto, indicó:

“Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente

y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar.

(...)

2.- A favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su condición de compañera permanente del causante, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte, esto es, el 18 de septiembre de 2000, hasta el 7 de enero de 2008, fecha esta última a partir de la cual, conforme a lo previsto en el PARÁGRAFO 1º del artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, la parte de la pensión inicialmente reconocida a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.”¹⁰ (Subraya fuera de texto original)

En el *sub examine*, se encuentra acreditado que la señora Rosa María Juan de Fernández (q.e.p.d), en calidad de cónyuge del causante, falleció el 8 de julio de 2014, como se desprende de la Resolución No. 7241 de 2014 (fl.14), es decir, que a partir de dicha fecha la demandante tenía derecho a que su cuota de la pensión se incrementara con el 50% que le correspondía a la cónyuge.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada actualizar la pensión de beneficiarios del causante señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán, de manera que la parte de la pensión que correspondía a la cónyuge acrecente la porción de la compañera permanente, otorgándole el 100% de la prestación, con efectos fiscales a partir del 9 de julio de 2014.

Prescripción. Teniendo en cuenta que el derecho al acrecimiento de la pensión en los términos expuestos surge a partir del día siguiente al fallecimiento de la cónyuge, es decir, el 9 de julio de 2014 y que la accionante solicitó el incremento y actualización de la pensión de beneficiarios el 30 de junio de 2015 (fls. 2-3 vlt) y luego radicó la demanda el 8 de septiembre de 2015 (fl. 36), no operó el fenómeno de la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968,

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 30 de julio de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08). CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, pues no transcurrieron más de tres años.

La suma que deberá pagar la entidad condenada deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5. Costas procesales. El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone: “*salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”. A su turno el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., prevé que: “**Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**” (Negrillas propias)

Ahora bien, conforme al artículo 361 del Código General del Proceso, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho, de ahí que para determinarlas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en primera instancia “*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia*”. Así las cosas, el Despacho considera prudente tasar las agencias en derecho en cuantía equivalente al **2%** de las pretensiones de la demanda. Teniendo en cuenta que la parte vencida dentro del presente asunto resulta ser la entidad demandada, se condenará a ésta al pago de las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección D, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: Se **DECLARA** la nulidad del Oficio **NO. 2015-48360 de 15 de julio de 2015** a través del cual CREMIL negó el incremento de la pensión de beneficiarios del causante señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán, reconocida a favor de la demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a reconocer y pagar, de manera indexada, a favor de la **señora GLADYS RAMÍREZ DELGADILLO**, la actualización de la pensión de beneficiarios del causante señor Ricardo Adolfo Fernández Guzmán (q.e.p.d), de manera que la parte de la pensión que correspondía a la cónyuge acrecente en su totalidad la porción de la demandante en su calidad de compañera permanente, otorgándole el 100% de la prestación, a partir del 9 de julio de 2014.

TERCERO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes producto del incremento de la pensión de que trata el numeral anterior, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme al IPC certificado por el **DANE** y mediante la aplicación de la fórmula que quedó consignada en esta sentencia.

CUARTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones previstas en el artículo 192 y 195-4 del CPACA. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Se condena en costas de esta instancia a la parte vencida. Liquídense teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva.

SEXTO: En firme esta Sentencia, **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203

incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente, si lo solicita, expídase a la parte demandante y a su costa copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del C.G.P.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Aprobado según consta en Acta de la fecha.

ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISP/Van