

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2018-00179-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>MARGELIA CONEO MARSIGLA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<i>Pensión de sobreviviente – soldado conscripto – no se accede porque no demuestra cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 46 de la Ley 100/93 modificada por la Ley 797/03.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2019<sup>2</sup>, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>3</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>4</sup>

La parte actora, en su escrito de demanda, solicitó que se le concediera lo siguiente:

PRIMERO: Se declare la nulidad de la Resolución No. 0381 del 2 de febrero 2017, por la cual se negó la solicitud de la pensión de sobrevivientes a la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, como madre supérstite del IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO (finado).

SEGUNDO: Se condene al Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional de Colombia, al pago de mesadas pensionales retroactivas desde el

<sup>1</sup> Folio 193-197 cdno 1 (fl. 285-289)

<sup>2</sup> Folio 185-191 cdno 1 (fl. 270-282)

<sup>3</sup> Folio 1-13 cdno 1 (fl. 1-13)

<sup>4</sup> Folio 1-2 cdno 1 (fl. 1-2)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

momento que se accedió al derecho, es decir a partir 1 de agosto de 2012, momento en se establece el fallecimiento, por valor de \$89.344.677,7.

TERCERO: Que se declare responsable al Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional de Colombia, al pago de las sumas de dinero antes señaladas debidamente indexadas y se actualice la condena respectiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A; de igual forma, se condene al pago de las costas del proceso y de los honorarios profesionales del abogado de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

### **3.1.2 Hechos<sup>5</sup>**

En la demanda se indicó que, de la unión de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA y el SR. ADUAR MANUEL SALAS TORDECILLA, nació su hijo EDER MANUEL SALAS CONEO, quien prestó sus servicios como infante de marina regular desde el 22 de agosto de 2011, hasta la fecha de su muerte, la cual fue clasificada como en "SIMPLE ACTIVIDAD EN EL SERVICIO" de acuerdo al Decreto No. 2728 artículo 8 del 1968.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional de Colombia, reconoció el pago de prestaciones sociales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 del 1968, a la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, madre supérstite según Resolución No. 0160 de 2013.

Adicional a lo anterior, la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional de Colombia el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, como consecuencia de la muerte de su hijo; pero, el Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional de Colombia negó dicha petición, mediante la Resolución No. 0381 del 2 de febrero 2017, notificada el 7 de marzo 2017.

Señala que el IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO (finado), prestó el servicio militar desde el 30-9-2011 al 1-08-2012, por lo que cumplió con el equivale a 48.2 semanas, superando la cotización mínima de 26 semanas de la ley 100 de 1993.

### **3.1.2 Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora alega como violados los artículos 13, 216, 48 y 53 de la Carta Fundamental; los artículos 46, 47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993, La ley 48 de 1993, el Decreto 2728 art 8º, y el Decreto 1211 artículo 158 y 185.

---

<sup>5</sup> Folio 3 cdno 1 (fl. 3)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

Como concepto de violación, se indicó que, a la accionante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del fallecimiento de su hijo, acaecida el día el 01 del mes de agosto del 2012, quien prestaba sus servicios en el Ejército Nacional como soldado conscripto, por lo que procede la aplicación del 40 de la Ley 48 de 1993; el cual es un derecho adquirido que no puede ser desconocido ni vulnerado por ley posterior. Afirma que también, que a la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA se le debe tener en cuenta el artículo 8 Decreto No. 2728 del 1968.

Por último, solicita que en este caso, se le de aplicación a la Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

Sostiene que, el artículo 46 de esta norma, antes de la modificación realizada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establecía la pensión de sobrevivientes podía ser adquirida si se verificaba la cotización de 26 semanas al sistema, antes del fallecimiento del causante; tal como ocurre en este caso. Por tal razón, es obvio que el régimen general de seguridad social es el más beneficioso para la madre del IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO (finado), por lo que el régimen especial de la Fuerza Pública contemplaba este beneficio como mínimo la prestación del servicio haya tenido una duración igual o superior a 12 años.

### **3.2 CONTESTACIÓN<sup>6</sup>**

La entidad manifestó que los hechos de la demanda son ciertos, sin embargo, se opuso a que las pretensiones sean reconocidas.

Al respecto indicó que, el sub examine el actor pretende se declare la nulidad del acto acusado y que le sea reconocida una pensión de sobrevivientes conforme al Decreto 1211 de 1990 o conforme a la Ley 100 de 1993, sin que tenga derecho bajo ninguno de los dos regímenes.

Sostuvo que las fuerzas militares están excluidas del régimen general de pensiones, como tampoco lo es el régimen de Oficiales y Suboficiales de la

---

<sup>6</sup> Folio 54-56 cdno 1 (fl. 64-69)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

Fuerza Pública, el cual tampoco es aplicable a este caso dada la condición de soldado regular del causante.

Alegó que, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más beneficioso.

Resaltó, que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y, por su parte, los artículos 150, ordinal 19, literal e) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

Como quiera que el causante era parte de la fuerza pública en calidad de soldado regular, y murió en simple actividad, - no puede aplicarse el régimen de los oficiales por cuanto no tenía tal calidad, y tampoco la Ley 447 de 1998, ni el Decreto 4433 de 2004, dado que estas últimas consagran la prestación reclamada para la muerte en combate de conscriptos, y en este caso en concreto el causante murió en simple actividad, supuesto para el cual la norma en cita no previo reconocimiento pensional para los beneficiarios del causante, sino la compensación por muerte, reconocida conforme al extracto de hoja de vida mediante Resolución No. 160 del 1 de marzo de 2013.

Como excepciones propuso la carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.; legalidad del acto acusado; buena fe.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>**

Mediante sentencia del 27 de junio de 2019, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena denegó las pretensiones de la demanda, manifestando lo siguiente:

Consideró procedente aplicar al caso concreto las disposiciones del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, anteriores a la reforma introducida por la Ley 797 de 2003. En ese sentido, indicó que, el artículo original de la Ley 100/93 prescribía que, a falta del cónyuge, compañero o compañera permanente

<sup>7</sup> Folio 185-191 cdno 1 (fl. 270-282)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

e hijos con derecho, serán beneficiarios de la pensión los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Expuso, que la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, en calidad de madre del extinto soldado regular EDER MANUEL SALAS CONEO, y a falta de cónyuge o hijos, sería la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de este, por lo que debían estudiarse los requisitos para el reconocimiento en tal condición.

Sobre las pruebas que existen en el expediente de la relación de parentesco sostuvo que, estaba probado el parentesco entre la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA y el fallecido, pues se contaba con el respectivo registro civil de nacimiento; y con la resolución de reconocimiento de prestaciones sociales como beneficiaria del señor EDER MANUEL SALAS CONEO, en el año 2013.

Agregó que, además de lo anterior, era requisito indispensable que se demostrara la dependencia económica frente al causante, antes de su fallecimiento; sin embargo, luego de revisar el expediente, advertía el Despacho que en su interior no existía prueba que demostrara que efectivamente la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, dependía económicamente del extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, condición que era indispensable para que se hiciera el reconocimiento, pues el solo hecho de que el extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, para la época de su muerte, tuviera el estado civil de soltería y no tuviera hijos, no implica automáticamente que se presumiera la dependencia económica de sus padres, respecto de él, pues ésta debe probarse fehacientemente, y no se hizo.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia aduciendo que dicha providencia era violatoria del ordenamiento jurídico colombiano, por contradecir todas las sentencias análogas, señaladas a partir de la ejecutoria de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-01 O-2018.

Adujo que, al no existir cónyuge, compañero permanente o hijos menores respecto del IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO (finado), es la señora madre la persona que adquiere el derecho a ser reconocida como beneficiaria de la pensión.

<sup>8</sup> Folio 193-197 cdno 1 (fl. 285-289)

Sostuvo que, el a-quo, no debió limitarse solo al hilo de la dependencia económica total o absoluta para denegar las pretensiones de la demanda, ya que esta no representa ninguna duda, por consiguiente, esta decisión violó el artículo 29 de la constitución colombiana, por ser el derecho pensional, un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata.

Afirma que la decisión del señor Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, viola el principio de igualdad constitucional, cuando fundamenta su decisión en la prosecución de la Dependencia económica total o absoluta, de la señora madre cabeza de hogar, con respecto a su hijo único varón, cuando el IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO, ingresa a las Fuerzas Militares en busca de una oportunidad con la esperanza de ayudar económicamente a su madre.

De igual manera sostiene que la sentencia recurrida contraviene las decisiones adoptadas en la materia por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, pues este último ente ha establecido una sólida línea jurisprudencial para solucionar casos similares al presente, en donde se niega la pensión de sobrevivientes a miembros del núcleo familiar del causante, quien fallece mientras estaba en vigencia el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, y había cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte, tal como lo dispone la citada norma.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

Por medio de acta del 6 de septiembre de 2019<sup>9</sup>, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el recurso fue admitido por auto del 2 de marzo de 2020<sup>10</sup>, y en el mismo se corrió traslado para alegar de conclusión<sup>11</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1 demandante<sup>12</sup>:** Presentó alegatos solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia.

---

<sup>9</sup> Folio 2 cdno 2 (fl. 3)

<sup>10</sup> Folio 4 cdno 2 (fl. 5)

<sup>11</sup> Folio 8 cdno 2 (fl. 11)

<sup>12</sup> Folio 11-14 cdno 2 (fl. 15-21)

**3.6.2 demandado<sup>13</sup>:** Presentó alegatos solicitando que se mantenga en firme la sentencia de primera instancia.

**3.6.3 Ministerio Público:** no presentó concepto.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

##### **5.2 Problema jurídico**

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

*¿Tiene derecho la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA a que se le reconozca una pensión de sobreviviente por la muerte de su hijo IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO quien fungió como soldado conscripto y falleció en actividad”*

##### **5.3 Tesis de la Sala**

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, como quiera que no se pudo acreditar que la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA tuviera derecho a reclamar la pensión de sobreviviente por la muerte de su hijo IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALAS CONEO, toda vez que no se acreditó que éste cumpliera con las 50 semanas de afiliación al sistema, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, vigente para cuando ocurrió la muerte del soldado.

---

<sup>13</sup> Folio 16-17 cdno 2 (fl. 22-26)

## 5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### 5.4.1 Régimen prestacional del soldado conscripto.

Conforme con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, el soldado conscripto 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 en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. **A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas** anteriores, a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de **veinticuatro (24) meses de sueldo básico** que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

Posteriormente, se reguló el tema de la regulación de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado conscriptos que mueren durante la prestación del servicio militar obligatorio, en el artículos 1 de la Ley 447 de 1998 que determina que, *"a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, **ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público**, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes"*.

Lo anterior indica que, para que sea procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de un soldado conscripto, necesariamente el fallecimiento tiene que haberse dado en uno de los siguientes supuestos (i) en combate (ii) como consecuencia de la acción del enemigo, (iii) en conflicto internacional (iv) participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público. Tal normativa también se encuentra incluida en el 34 del Decreto 4433 de 2004.

13-001-33-33-008-2018-00179-01

De otra parte, el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 prevé una serie de prestaciones para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en combate, la cual ha sido extendida por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los casos de los soldados regulares, cuando el derecho a la prestación se consolidó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 447 del 21 de julio de 1998<sup>14</sup>.

#### **5.4.2 Sentencia de unificación para el reconocimiento de pensión de sobreviviente a familiares de soldado conscripto<sup>15</sup>.**

En sentencia del 12 de abril de 2018, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las fuerzas militares en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993.

En esa oportunidad el Consejo de Estado admitió la aplicación del régimen general de pensiones a los soldados conscriptos muertos en simple actividad, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en favor de sus familiares. En ese orden de ideas, este beneficio se aplica en virtud del principio de favorabilidad, indicando que:

*“(…) El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad 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 resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento<sup>16</sup>.*

*De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:*

- *La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica. Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.*
- *Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.*

<sup>14</sup> Al efecto citó la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2008, radicación: 050012331000200001274-01(8626-05), actor: Hernando de Jesús Olarte y otra.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15) CE-SUJ2-010-18. Actor: PASTORA OCHOA OSORIO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

<sup>16</sup> Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

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

Adicionalmente, se acudió al principio de igualdad para expresar que, “es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general<sup>17</sup>, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos: «(i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede (sic) concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”<sup>18</sup>.

Por último, se hizo alusión a la condición más beneficiosa, para exponer que esta figura “se presenta cuando hay tránsito legislativo y en ese sentido se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente, y por ende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro”.

Así las cosas, concluyó que, si bien la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 *ibidem*; y, a su vez, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley fijaría el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares. Debía tenerse en cuenta que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 **permitió que todo trabajador se beneficie de ella, si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable**, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel.

Así pues, en aplicación de la regla de favorabilidad, en los términos del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se observa que el régimen que más ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido simplemente en actividad es el contenido en las normas generales (Ley 100/93) que prevén una

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Sentencia T-167 de 2011.



13-001-33-33-008-2018-00179-01

prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las contenidas en los decretos del régimen especial. Por ende, como el régimen aplicable es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este deberá atenderse en su integridad, esto es, **en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.**

Al respecto sostuvo:

*“Como consecuencia de lo anterior, en lo relativo al **monto de la prestación**, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, según el cual el valor mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. Monto que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.*

*Por su parte, en lo atinente al **ingreso base de liquidación** de la pensión de sobrevivientes, es necesario precisar que tal prestación debe liquidarse atendiendo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que textualmente indica:*

*«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»*

*Ahora bien y en lo que respecta al orden de beneficiarios que debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, se advierte que es el señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y no en el artículo 9 Decreto 2728 de 1968.*

*Lo anterior como quiera que el orden de beneficiarios que contiene el régimen general no es equivalente al que contempla el Decreto 2728 de 1968, toda vez que este último consagra a los hermanos menores de 18 años como beneficiarios de las prestaciones por muerte, a falta de otros beneficiarios del llamado orden preferencial establecido en el artículo 185 ejusdem, y sin ninguna otra condición. Igualmente, el régimen de los soldados y grumetes permite que haya concurrencia entre diferentes beneficiarios, a saber: i) entre el cónyuge o compañero permanente y los hijos; y ii) a falta de hijos entre el cónyuge o compañero permanente y los padres del fallecido.*

*Así las cosas es claro que al aplicar el régimen general los hermanos menores de 18 años que no se encuentren en la situación de discapacidad que exige el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, empero, sí podrán serlo de la compensación por muerte de que trata el Decreto 2728 de 1968, esto último, bajo el supuesto de la ausencia de otros con mejor derecho. Contrario sensu, los hermanos que se encuentren en situación de discapacidad, independientemente de su edad, y que acrediten la dependencia económica, sí podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 100 de 1993, pese a que con el régimen especial no fueron beneficiarios de la compensación por muerte.*



13-001-33-33-008-2018-00179-01

Lo anterior, en razón a que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene previsto, en caso de fallecimiento, una pensión de sobrevivientes para el causante que hubiere cotizado 26 o 50<sup>19</sup> semanas, cuyo monto es igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional<sup>20</sup>.

Al respecto, la alta corporación dijo:

#### **Reglas de unificación**

De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia:

1. En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, **los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad 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 la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.**

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

4. 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.

<sup>19</sup> Este término se predicaría de aquellas situaciones que se consoliden con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

<sup>20</sup> Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301 (1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601 (1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: Jose Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

13-001-33-33-008-2018-00179-01

5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.

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

### 5.4.3 Del régimen general de pensión

La Ley 100 de 1993 regula el régimen general de seguridad social en Colombia, el cual dispone, en sus artículos 46 y 47, lo siguiente:

**ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere **cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores** al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (...)

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de ~~forma total y absoluta~~ de este;

En esta oportunidad es relevante destacar que el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación introducida por la **Ley 797 de 2003**, indicaba que era procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: (i) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos **veintiséis (26) semanas al momento de la muerte**; (ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

## 5.4 CASO CONCRETO

### 5.4.1 Hechos relevantes probados:

De acuerdo con el recurso, las pruebas relevantes para decidir la segunda instancia son las siguientes:

13-001-33-33-008-2018-00179-01

- De acuerdo con registro civil de nacimiento aportado el proceso se tiene que el joven EDER MANUEL SALAS CONEO, nació el 19 de febrero de 1993, y es hijo de MARGELIA CONEO MARSIGLA y EDUAR MANUEL SALAS TORDECILLA<sup>21</sup>.
- Igualmente se tiene que el señor EDUAR MANUEL SALAS TORDECILLA, padre de Eder Salas Coneo, falleció el 5 de abril de 1995<sup>22</sup>.
- Mediante correo electrónico del 2 de agosto de 2012, un funcionario de la Armada Nacional le comunica a otro el fallecimiento del joven EDER MANUEL SALAS CONEO, ocurrida el 1 de agosto de 2012, por un disparo en el pecho, el parecer por suicidio<sup>23</sup>.
- De igual manera, se tiene el informe administrativo del 1 de agosto de 2012, en el que se indica que terminada la formación del medio día, los uniformados continuaron con sus labores diarias cuando se escuchó un disparo en el Bunker y se encontró al IMAR EDER MANUEL SALAS CONEO con un disparo en el pecho realizado con su propia arma; se le brindaron los primeros auxilios y pasados 10 minutos falleció<sup>24</sup>.
- Con registro civil de defunción se certificó el fallecimiento de EDER MANUEL SALAS CONEO el 1 de agosto de 2012<sup>25</sup>.
- Resolución 292 del 29 de octubre de 2012, por medio de la cual se desacuartela del servicio activo de la Armada Nacional, por muerte, el 1 de agosto de 2012, al Infante de Marina al IMAR IMAR EDER MANUEL SALAS CONEO. En dicho documento se especifica que la muerte fue calificada como en simple actividad<sup>26</sup>.
- Declaración jurada presentada ante la Notaria Cuarta de Cartagena, en la que la accionante manifiesta que es madre de EDER MANUEL SALAS CONEO, y que este no tenía hijos, ni esposa o compañera permanente<sup>27</sup>.
- Hoja de servicios de EDER MANUEL SALAS CONEO, en el que se destaca que ingresó a la Armada Nacional como Soldado Regular el 22 de agosto de 2011 y fue retirado el 1 de agosto de 2012<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Folio 16 y 92 rev. cdno 1 (fl. 16 y 128)

<sup>22</sup> Folio 15 cdno 1 (fl. 15)

<sup>23</sup> Folio 76 cdno 1 (fl. 99)

<sup>24</sup> Folio 88 cdno 1 (fl. 122)

<sup>25</sup> Folio 90 cdno 1 (fl. 126)

<sup>26</sup> Folio 103 cdno 1 (fl. 150)

<sup>27</sup> Folio 94 rev cdno 1 (fl. 134)

<sup>28</sup> Folio 108-105 cdno 1 (fl. 151-154)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

- Resolución 160 del 1 de marzo de 2013, por medio de la cual se ordena pagar a la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, el valor de \$21.417.312 por concepto de compensación por la muerte de SALAS CONEO EDER MANUEL<sup>29</sup>.
- Con derecho de petición del 11 de marzo de 2014, la señora LEIDY LUCIA MEZA intervino en el proceso administrativo aduciendo ser la compañera permanente del finado SALAS CONEO EDER MANUEL, aportó unas declaraciones extrajuicio que indicaban que tenía 7 meses de convivencia con él. Pero la Armada Nacional le dio respuesta manifestando que en los archivos de la entidad no existe ninguna prueba de que ella tuviera un vínculo con el de cujus<sup>30</sup>
- A través de Resolución 0381 del 2 de febrero de 2017, el Ministerio de Defensa Nacional resuelve declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de muerte con ocasión del seceso del soldado regular de la Armada Nacional, SALAS CONEO EDER MANUEL (Q.E.P.D), a favor de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, en calidad de madre del de cujus<sup>31</sup>.

### **5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

En el caso de marras se demanda la nulidad de la Resolución 0381 del 2 de febrero de 2017, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional resolvió negar el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente por la muerte del IMAR SALAS CONEO EDER MANUEL (Q.E.P.D), a favor de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, en calidad de madre del de cujus.

El Juez de primera instancia negó la petición, al considerar que, si bien la demandante tiene derecho a que se le aplique la Ley 100/93, no demostró el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, como es el hecho de depender económicamente de su hijo.

Ante esta decisión, la parte actora presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia, alegando que se le viola su derecho a la igualdad; además que la decisión impugnada va en contravía de lo establecido por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en sus sentencias.

En primera medida, es importante exponer que en el proceso no hay discusión referente a que la demandante acredita ser la madre del joven fallecido, según se advierte en el registro civil de nacimiento<sup>32</sup> y en la resolución que reconoce las prestaciones por concepto del fallecimiento -

<sup>29</sup> Folio 108-110 cdno 1 (fl. 150-163)

<sup>30</sup> Folio 112-113 rev cdno 1 (fl. 166-169)

<sup>31</sup> Folio 18-20 cdno 1 (18-20)

<sup>32</sup> Folio 16 y 91 cdno 1 (fl. 16 y 128)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

Resolución 160 del 1 de marzo de 2013<sup>33</sup>; sin embargo, es imperioso constatar que se cumplan con los demás requisitos para acceder a este derecho.

Así las cosas, se tiene entonces que, en efecto, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada en el marco normativo de esta providencia sostuvo que, en virtud del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, en estos casos era aplicable el régimen general de pensiones, por encima del régimen especial de los soldados regulares, por lo que es procedente verificar si la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA cumple con los requisitos descritos en los artículos 46 de la Ley 100/93.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, la norma frente a la cual se van a verificar el cumplimiento de los requisitos para la pensión de sobreviviente, es el artículo 46 modificado por la Ley 797 de 2003, pues era el que se encontraba vigente<sup>34</sup> a la fecha de fallecimiento del señor IMAR SALAS CONEO EDER MANUEL – el 1 de agosto de 2012<sup>35</sup>.

En ese sentido se tiene que, la norma plurimencionada determina que, tienen derecho a la pensión de sobreviviente, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando: éste hubiere **cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores** al fallecimiento.

Sobre este punto, el Consejo de Estado explicó que, “en virtud del artículo 19 de la Ley 352 de 1997 quienes prestan el servicio militar obligatorio son afiliados no cotizantes al régimen de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por lo que no sería dable exigirles el requisito mínimo de cotización al que hace alusión el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, empero, sí es viable que durante tal término hayan sido afiliados al sistema (...) de acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada, el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa estuvo vinculado al Ejército Nacional por más de 50 semanas, desde el 11 de enero de 2005<sup>36</sup> hasta el 6 de julio de 2006, lo que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 implica que estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por el tiempo mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, cumpliendo así el requisito necesario para el efecto”.

De lo anterior se desprende que, si bien los soldados regulares no cotizan al sistema, si se encuentran afiliados al mismos, por lo que en el proceso debe acreditarse que este tuviera 50 semanas o más de afiliación al sistema

<sup>33</sup> Folio 108-110 cdno 1 (fl. 150-163)

<sup>34</sup> Sentencia de unificación del Consejo de Estado: **2. Análisis de la Sala del caso particular - Régimen aplicable.** 216. De lo anterior se colige que en el presente caso y, en virtud de la regla de favorabilidad fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, **se debe atender el artículo 46 ibidem, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, después de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003,** que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 de la misma, de la siguiente manera «e.) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste», en porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 48 ejusdem, en cuanto prevé: (...)

<sup>35</sup> Folio 90 cdno 1 (fl. 126)

<sup>36</sup> Según lo indica la parte considerativa de la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012 (ff. 17 y 18).

13-001-33-33-008-2018-00179-01

pensional; en ese sentido, se tiene que el IMAR EDER MANUEL SALAS CONEO, de acuerdo con su hoja de servicios, inició a prestar el servicio militar el 22 de agosto de 2011 y fue retirado el 1 de agosto de 2012, por muerte en actividad<sup>37</sup>.

En orden de lo expuesto, se tiene que el causante estuvo afiliado al sistema de seguridad social por 11 meses y 9 días que equivalen a **48,4 semanas**.

De lo antes indicado se desprende que en el proceso no se encuentra acreditado que la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA pueda reclamar la pensión de sobreviviente por la muerte de su hijo, toda vez que no se cumplen con las 50 semanas de afiliación al sistema.

En orden de lo expuesto, advierte este Tribunal que no es posible siquiera pasar al estudio del requisito de la dependencia económica de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA respecto de su hijo, puesto que no se acreditó el requisito de las 50 semanas de afiliación al sistema.

Llama la atención de la Sala que en la sentencia de primera instancia se haya abordado el estudio de este caso bajo el supuesto del artículo 46 de la Ley 100/93, original, cuando es de conocimiento general que dicha normativa fue reformada por la Ley 713/03 que estableció condiciones diferentes para adquirir la pensión de sobreviviente, e incluso la sentencia de unificación que se cita en el fallo mencionado lo expone claramente. Sin embargo, ello o es óbice para que esta Corporación pueda estudiar y corregir dicha situación, tal como ha ocurrido en este caso.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, por las razones ya indicadas.

#### **5.4 De la condena en costas.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“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 artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

---

<sup>37</sup> Folio 103-105 cdno 1 (fl. 150-154)

13-001-33-33-008-2018-00179-01

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas, a la parte demandante, en segunda instancia, como quiera que la sentencia de primera instancia fue confirmada y no se acogieron los argumentos de la apelación. Las costas serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI.- FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

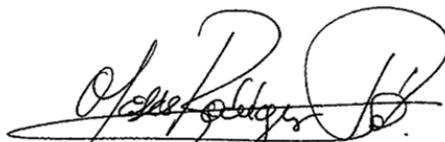
**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancias, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 026 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ