



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

| |
|---|
| Acción o medio de control. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado. 19001333100220120009102 |
| Demandante. Diana Rojas Rosero y otro |
| Demandado. Nación - Ministerio de Defensa – Secretaría General |
| Fecha de la sentencia. Abril 20 de 2017 |
| Magistrado ponente. PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE |
| Descriptor 1. Pensión de sobrevivientes. |
| Restrictor 1. Muerte presunta de soldado voluntario. |
| Restrictor 2. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes por muerte presunta. |
| Descriptor 2. Principio de favorabilidad. |
| Restrictor. Favorabilidad en la aplicación de la Ley 100 sobre régimen especial de la Fuerza Pública. |
| Tesis 1. Para determinar el alcance del derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman los demandantes no es necesario contar con una sentencia que declarara su muerte presunta. |
| Tesis 2. La fecha que se debe tener en cuenta para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, no puede ser el de la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones. |
| Tesis 3. Si se aplicara en el sub judice la normativa especial de la Fuerza Pública para determinar si tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que este régimen es claro en indicar que dicha prestación, en la normativa vigente a su presunta muerte, se reconoce cuando la muerte se causa no en simple actividad, sino con exigencias distintas tales como el fallecimiento en combate o a manos del enemigo. |
| Tesis 4. Para el actor le resulta más favorable que se le aplique la Ley 100 de 1993 que el régimen especial de la Fuerza Pública. |
| Tesis 5. Se encuentra acreditado que el soldado voluntario cotizó al Sistema de las Fuerzas Militares durante 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte. |
| Resumen del caso. El señor REINEL QUIJANO ANACONA se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 18 de marzo de 1998, y luego como soldado voluntario desde el 26 de septiembre de 1999, prestando sus servicios en el BATALLÓN JOSÉ HILARIO LÓPEZ de la ciudad de Popayán, hasta el 9 de mayo de 2000, contando con un tiempo de servicio de 2 años, 7 meses y 13 días. Fue retirado del servicio activo por muerte presunta. La Entidad le negó a la parte actora la pensión de sobrevivientes, decisión que fue avalada por la quo ya que consideró necesario adelantar el proceso ordinario de muerte presunta. |
| Problema jurídico. ¿En el subjudice qué es más favorable para la actora: la aplicación del régimen especial de la Fuerza Pública o la aplicación del régimen de la Ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes? |

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

Decisión. Revoca decisión del a quo que negó pretensiones. Nulita acto administrativo que negó la pensión y ordena pagarla a la actora y a su hijo.

Razón de la decisión.

(...) esta Corporación considera que para determinar el alcance del derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman los demandantes no es necesario, contrario a lo dispuesto por el A quo, contar con una sentencia que declarara su muerte presunta, en tanto que la norma que regulaba la desaparición de los soldados voluntarios al momento en que fue declarado como desaparecido no lo exigía; por lo que se procederá a estudiar de fondo la situación jurídica planteada por la parte actora.

Por vía jurisprudencial se ha expresado que en tratándose de la pensión de sobrevivientes cuando la muerte es declarada por desaparecimiento, la fecha a tener en cuenta por el operador jurídico para determinar el requisito de las cotizaciones no debe ser la declarada por el juez sino aquella en la que la persona desapareció, como quiera que se torna en un imposible categórico que se hayan efectuado cotizaciones dentro del lapso comprendido entre el desaparecimiento y la declaratoria de muerte presunta

(...)

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

(...)

Conforme lo expuesto, si a los beneficiarios del señor REINEL ANACONA QUIJANO se le aplicara la normativa especial de la Fuerza Pública para determinar si tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que este régimen es claro en indicar que dicha prestación, en la normativa vigente a su presunta muerte, se reconoce cuando la muerte se causa no en simple actividad, sino con exigencias distintas tales como el fallecimiento en combate a o manos del enemigo -entre otras -, exigencias que, se itera, no se acreditan en el caso del extinto soldado.

Por el contrario, si para los mismos efectos se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha de declararse la muerte presunta, resultaría procedente reconocer la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando los demandantes cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

(...)

En efecto, en casos con factum similar al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia, dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos.

(...)

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

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 el operador jurídico, en razón del referido principio, 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 beneficiarios.

En otras palabras, es dable concluir que si bien la existencia de regímenes especiales en materia de seguridad social no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pueden presentarse casos específicos -como el que nos ocupa- en que las disposiciones de los mismos resulten menos favorables que el régimen general, y las demás prestaciones contempladas no tienen la potencialidad de compensar tal afectación; razón por la cual, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe recurrir al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

(...)

Sobre la calidad de compañera permanente.

Incluso, fungiendo como juez de tutela, el Consejo de Estado ha concluido que se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando en sede administrativa se exige probar la unión marital de hecho por medio de declaración de autoridad competente, esto es por sentencia judicial.

Así, al revisar el expediente, encuentra la Sala que, sin lugar a dudas, la calidad de compañera permanente de la actora fue debidamente acreditada, por lo que en consonancia con las precisiones jurisprudenciales expuestas, se itera, se deberá conceder la pretensión pensional, reconociéndola tanto al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, como a la señora DIANA ROJAS ROSERO.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que se cumplen con las condiciones necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS y a la señora DIANA ROJAS ROSERO, ya que no solo se demostró el grado de parentesco por parte del menor con el causante y la relación afectiva de la demandante con este último, sino también que se encuentra acreditado que el señor REINEL QUIJANO ANACONA cotizó al Sistema de las Fuerzas Militares durante 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte, puesto que de acuerdo con lo probado en el proceso el mencionado señor estuvo vinculado por el periodo de 2 años, 7 meses y 13 días, hasta el día en que desapareció. Situación que impone declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. Reconocimiento de pensión de sobrevivientes por desaparición de miembro de la Fuerza Pública. Calidad de compañera permanente debe acreditarse en el proceso contencioso administrativo.

Nota de Relatoría. Con la finalidad de ampliar la base de datos del lector sobre casos resueltos por el Tribunal respecto de **pensión de sobrevivientes** pueden verse las siguientes recientes providencias:

- a. **Sentencia del 9 de marzo de 2017. Sustitución pensional.** Acto administrativo niega pensión de sobrevivientes al no acreditar tiempo mínimo de convivencia. Se demuestra convivencia de más de 13 años y 4 años de matrimonio, por enfermedad terminal el causante autorizó a la cónyuge ser cobradora de pensión y su última voluntad fue dejarla favorecida de la asignación. Revoca – accede, ordena pagar pensión desde fallecimiento del causante y su indexación. Liliana Sánchez Campo vs Caja de Sueldos del Retiro de la Policía Nacional. **M.P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz.**
- b. **Sentencia del 24 de marzo de 2017. Pensión de sobrevivientes.** Reajuste a pensión de sobrevivientes liquidada con base en Decreto 1158 de 1994, no tuvo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición. La extinta INDERENA nunca afilió a servidores a seguridad social, liquidaban pensión con el 75% de lo devengado en el último año de labores aplicando la ley 33 de 1985, por favorabilidad se debe aplicar este régimen pensional, se ordena descontar rubros no tenidos en cuenta para aportes, pagar la pensión de sobrevivientes y prescriben mesadas causadas antes de febrero de 2005. Revoca – accede. Celsa Ligia Robles vs Ministerio de Ambiente. **M.P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz.**
- c. **Sentencia del 21 de febrero de 2017. Reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes** causada por su extinto hijo además de otros emolumentos dejados de percibir. Según el Decreto 05 de 1989, si el fallecido llevaba menos de 12 años de servicio, se reconocerá el 50% de la pensión a que tuviere derecho, se pagará solamente a su cónyuge e hijos. Niega. Rosa Elvira Marín vs Ejército Nacional. **M.P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz.**
- d. **Sentencia del 23 de febrero de 2017. Sustitución pensional de cónyuge y compañera permanente.** Acto administrativo reconoce pensión de sobrevivientes, otorgó 50% de pensión a la hija matrimonial e hijo extramatrimonial, suspende 50% mientras se dirime conflicto entre cónyuge y compañera permanente. Confirma – accede, ordena pagar la pensión en partes iguales a los 4, cuando los hijos dejen de causar el derecho, el porcentaje recibido por ellos se acrecentará en favor de las accionantes. Deisi María Amparo Astudillo vs Caja de Sueldos de Retiros de la Policía Nacional. **M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.**



Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de Decisión No. 02**

Popayán, veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

| | |
|-------------------|--|
| Expediente | 19001333100220120009102 |
| Demandante | DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO |
| Demandado | NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

SENTENCIA No.

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia No. 078 del 27 de junio de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

DIANA ROJAS ROSERO y JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, solicitan se hagan las siguientes declaraciones y condenas²:

¹ Folios 34 a 47 del cuaderno principal

² Folio 34 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

“1. Es nula la Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010, expedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, por intermedio del DIRECTOR DE VETERANOS Y BIENESTAR SECTORIAL, por medio de la cual se negó a DIANA ROJAS ROSERO y a su menor hijo JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, pensión sobrevivientes (sic) por presunción de muerte por desaparecimiento de su compañero permanente y padre, Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA.

2. Como consecuencia de la nulidad declarada, ordénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, que reconozca y pague pensión sobrevivientes (sic) a la señora DIANA ROJAS ROSERO y a su menor hijo JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, conforme al artículo 8 del Decreto 2192 de 2004, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables con retroactividad de cuatro (4) años y en adelante, por la muerte por presunción de desaparecimiento del Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA, en actos del servicio.

3. Como consecuencia de las nulidades declaradas, ordénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – SECRETARÍA GENERAL, en cabeza del DIRECTOR DE VETERANOS Y BIENESTAR SECTORIAL, se dé cumplimiento a la sentencia que le ponga fin a la presente demanda conforme a los artículos 176, 178 y 177 del C.C.A.”

2.2. Los hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte demandante expuso, en síntesis, los siguientes hechos³:

El señor REINEL QUIJANO ANACONA se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 18 de marzo de 1998, y luego como soldado voluntario desde el 26 de septiembre de 1999, prestando sus servicios en el BATALLÓN JOSÉ HILARIO LÓPEZ de la ciudad de Popayán, hasta el 9 de mayo de 2000, contando con un tiempo de servicio de 2 años, 7 meses y 13 días.

Por su inasistencia al servicio sin causa justificada, tal y como fue valorado en el informe de inasistencia al servicio del 26 de abril de 2000 y en el Acta No. 0957 del 11 de mayo del mismo año, el Comandante del Ejército Nacional expidió la orden administrativa de personal No. 1107 del 20 de julio de 2000 por medio de la cual se retiró del servicio activo al soldado voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, por causal de inasistencia de más de

³ Folios 35 a 98 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

10 días.

A partir del 31 de marzo de 2000, no se volvió a conocer del paradero del S.L.V. QUIJANO ANACONA, inclusive a pesar de los cuestionamientos formulados por la señora DIANA ROJAS ROSERO, quien ante tal situación decidió interponer acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a recibir información veraz, derechos que en sentencia del 3 de junio de 2004 fueron tutelados por el Tribunal Administrativo del Cauca, conminando al Comando del Batallón José Hilario López a realizar una investigación exhaustiva tendiente a determinar las causas que rodearon la desaparición del aludido soldado.

En auto del 4 de julio de 2005, el Comandante del Batallón estableció que los informes de inasistencia al servicio del 26 de abril de 2000 y el Acta No. 0457 del 11 de mayo del mismo año, no fueron suscritos, firmados ni presentados por el Teniente QUIJANO NARIÑO MARCO WILSON, comandante del uniformado, y, en lo que atañe a la desaparición, de las declaraciones rendidas por las señoras DIANA ROJAS ROSERO y OFELIA ANACONA QUIJANO (madre del soldado) bajo gravedad de juramento, se pudo determinar que el día 9 de mayo de 2000 el uniformado fue bajado de una buseta por sujetos que iban en moto y portaban fusiles, en el momento en que se desplazaba entre los municipios de La Sierra y Almaguer (Cauca), en el sector denominado la Balastrera – Vereda San Pedro – Municipio de la Sierra.

Posterior a que se profirieran diferentes órdenes judiciales para determinar el paradero del soldado, sustentadas en el cumplimiento de la orden de tutela, la actora pidió la revocatoria directa de la orden administrativa de personal mediante la cual su compañero permanente había sido retirado del servicio, petición que fue despachada de manera desfavorable.

Ante la referida decisión, se formuló una nueva acción de tutela en contra de la entidad, siendo decidida en forma favorable por el Tribunal Administrativo del cauca, corporación que en sentencia del 4 de febrero de

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

2010 ordenó al Comandante General del Ejército Nacional procediera a revocar la orden administrativa de personal No. 001157 (sic) de 2000, en lo concerniente al SLV REINEL QUIJANO ANACONA e iniciara los trámites prestacionales correspondientes en el caso del desaparecimiento del soldado en servicio activo, previstos en el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000.

Posteriormente, ante el condicionamiento de la entidad para reconocer las prestaciones, consistente en la obtención de una sentencia dentro de un proceso declarativo de muerte presunta por desaparecimiento, se aperturó incidente de desacato, retractándose la entidad de lo solicitado.

Así, la parte actora concluyó que la orden administrativa de personal que dispuso el retiro del soldado voluntario QUIJANO ANACONA REINEL se fundamentó en documentos fraudulentos, siendo retirado del Ejército Nacional cuando se encontraba en servicio activo, mas no de permiso, como tampoco cometió falta disciplinaria alguna; que mediante informe administrativo No. 001 del 25 de febrero de 2010 se declaró al soldado como desaparecido y con informe administrativo 002 del 25 de marzo del mismo año, definitivamente desaparecido, procediendo, entonces, la institución militar a proferir la orden administrativa de personal No. 1187, por medio de la cual el señor QUIJANO ANACONA fue retirado del servicio activo por presunción de muerte.

Mediante Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010 le fue negada a la parte actora la pensión de sobrevivientes, la cual había sido solicitada el 20 de enero del mismo año.

Finalmente, el 3 de junio de 2010 se aportó la documentación necesaria para que le fuera reconocida la bonificación y compensación por muerte, como en efecto ocurrió.

2.3. Las normas violadas y el concepto de violación

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

La parte actora adujo la aplicación indebida de normas que no regulan la situación del soldado voluntario, es decir, el artículo 6 de la Ley 923 de 2004, el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 2728 de 1968; así como la falta de aplicación de las normas que regulan el caso, siendo éstas el parágrafo del artículo 5, los artículos 27 y 42 del Decreto 1793 de 2000, así como el artículo 8 del Decreto 2192 de 2004.

Se indicó que la declaratoria de desaparición definitiva, constituye una prestación especial que tiene por objeto exclusivo habilitar a los beneficiarios del uniformado desaparecido para percibir sus salarios y prestaciones sociales a que haya lugar, de acuerdo con las circunstancias en que haya sucedido el desaparecimiento.

Que la sentencia originada en un proceso por presunción de muerte tiene por objeto extinguir la personalidad del individuo, pero que, sin embargo, la pensión de sobrevivientes no es un derecho del fallecido sino uno que nace para sus beneficiarios.

2.4. El recuento procesal

La demanda fue presentada el 10 de mayo de 2012⁴, siendo admitida mediante auto calendado 24 de septiembre del mismo año⁵, y, notificada en debida forma al Agente del Ministerio Público y a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Secretaría General⁶.

El proceso se fijó en lista desde el 22 de mayo hasta el 5 de junio de 2013⁷; luego, se dio traslado de las excepciones propuestas⁸, se abrió el período probatorio⁹, y con auto del 21 de abril de 2014 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión¹⁰.

⁴ Folio 48 del cuaderno principal

⁵ Folios 54 y 55 del cuaderno principal

⁶ Folios 57 y 63 del cuaderno principal

⁷ Folio 80 del cuaderno principal

⁸ Folio 81 del cuaderno principal

⁹ Folio 1 del cuaderno de pruebas

¹⁰ Folio 84 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, dictó la sentencia No. 078 del 27 de junio de 2014¹¹ mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, decisión que fue apelada por la parte demandante¹².

El trámite inicial de la segunda instancia, le correspondió por reparto a la Magistrada Magnolia Cortés Cardozo¹³, quien por auto del 29 de septiembre de 2014 admitió la alzada, decisión que fue notificada al Ministerio Público¹⁴.

Luego, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio para que allegara su concepto de fondo¹⁵ y finalmente, por auto del 18 de febrero de 2016¹⁶, el Despacho del Magistrado Ponente avocó conocimiento del asunto.

2.5. La contestación de la demanda¹⁷

La entidad demandada solicitó desestimar las pretensiones de la parte actora, haciendo referencia a las premisas que a continuación se extractan:

Indicó que el acto administrativo demandado encuentra su fundamento en el expediente No. MDN 2304 de 2010, en el cual no obra copia de la sentencia mediante la cual se declare presuntamente muerto al señor QUIJANO ANACONA.

Que el soldado voluntario QUIJANO no desapareció en actos del servicio, hecho que puede ser evidenciado en la decisión proferida por el Ejército Nacional el 4 de julio de 2005, y en las declaraciones de las señoras DIANA ROJAS y OFELIA QUIJANO, pruebas de las que se extracta que el desaparecimiento del miembro de la institución se dio en el lugar de su residencia y cuando ya no era miembro de la entidad.

¹¹ Folios 104 a 111 del cuaderno principal

¹² Folios 113 a 117 del cuaderno principal

¹³ Folio 122 del cuaderno principal

¹⁴ Folios 123 y 129 del cuaderno principal

¹⁵ Folio 128 del cuaderno principal

¹⁶ Folio 141 del cuaderno principal

¹⁷ Folios 72 a 79 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

Puso de presente que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada, máxime que fue debidamente sustentado con las normas aplicables al caso concreto.

Que el caso específico de los soldados voluntarios, se encuentra regulado en la Ley 131 de 1985 y en el Decreto 2728 de noviembre de 1968, marco normativo en el que no se establece el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes para los familiares de quienes ostenten dicha calidad.

Finalmente, propuso las excepciones que intituló como “improcedencia del reconocimiento de pensión de sobrevivencia” y la “genérica”.

2.6. La sentencia apelada

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, en Sentencia No. 078 del 27 de junio de 2014¹⁸, resolvió negar las pretensiones de la demanda, conforme los siguientes argumentos:

“En ese sentido, teniendo en cuenta la jurisprudencia señalada y los medios probatorios obrantes en el expediente, no se observa la prueba idónea para demostrar la muerte, cual es el registro civil de defunción, documento, que al tratarse de una muerte presunta, debió obtenerse adelantando el proceso ordinario de muerte presunta, para que un juez de la república declare el deceso, y por consiguiente se inscriba en el registro de defunción...”

Por lo anterior, considera este Despacho que la Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010, por medio de la cual se negó la pensión de sobrevivientes pretendida, está ajustada a Derecho, teniendo en cuenta, se insiste, que se hace necesario adelantar el proceso ordinario de muerte presunta, en aras de obtener el registro civil de defunción del señor REINEL QUIJANO ANACONA, pues aunque el soldado fue declarado provisional y luego definitivamente desaparecido por medio de los informativos No. 001 del 25 de febrero de 2010 y 002 del 25 de marzo de 2010, respectivamente, estos actos administrativos, per se, no tienen la entidad para cambiar el estado civil de las personas y por tanto al no acreditarse la muerte del soldado voluntario, deberán negarse las pretensiones de la demanda.

En relación con el primer cargo de violación, relativo a la indebida aplicación de las normas invocadas en el acto administrativo, es necesario señalar, que en materia de pensiones, la determinación de la norma aplicable, corresponde a la fecha de estructuración o consolidación del derecho, que

¹⁸ Folios 104 a 110 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

para el efecto corresponde a la fecha de la muerte, cuya declaración judicial brilla por su ausencia en el presente proceso...”

2.7. El recurso de apelación¹⁹

Inconforme con la decisión de instancia, la parte actora interpuso y sustentó su alzada bajo las siguientes premisas:

Dijo que en el régimen especial de carrera para el personal de soldados profesionales, el legislador facultó al Comandante de la Fuerza para que surtida la declaración de desaparición provisional, definitiva y la baja por presunción de muerte, proceda a reconocer a los beneficiarios del soldado desaparecido las prestaciones sociales a que haya lugar, decisión que solo tiene efectos jurídicos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los beneficiarios del militar desaparecido y la baja administrativa del soldado.

Que así lo había dispuesto el Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de tutela del 4 de febrero de 2010, al igual que en el incidente de desacato aperturado el 20 de mayo del mismo año con ocasión del incumplimiento del referido fallo, cuando la entidad demandada quiso imponer como requisito previo al reconocimiento de las prestaciones, la declaración de muerte presunta por parte de autoridad judicial, retractándose posteriormente y cumpliendo parcialmente con lo ordenado en el fallo.

Manifestó que para resolver el sub lite, se debe tener en cuenta el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000, por remisión expresa del artículo 8 de la Ley 447 de 1998; no siendo aplicable al presente asunto el régimen prestacional del DAS.

Así, concluyó que:

“1. El fondo de la demanda versa sobre el incumplimiento de un fallo de tutela en firme, que el juez de primera instancia desatendió sin la debida y suficiente justificación.

¹⁹ Folios 113 a 117 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

2. Como quedó expuesto, es la misma autoridad judicial, quien mediante sentencia de tutela del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) y Auto del veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010), manifestó que la señora DIANA ROJAS ROSERO para tramitar el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes no requería de proceso declarativo de presunción de muerte.

3. La parte demandante, aplicó el principio de confianza legítima, confiando en el contenido del OFICIO sin número, del 2 de julio de 2010, dirigido al señor MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, por el Subdirector de Personal del Ejército (documento aportado con la demanda, fl. 19), donde la SECCIÓN JURÍDICA DEL EJÉRCITO, se retracta de la exigencia del proceso declarativo de presunción de muerte.

4. Apoyada en los anteriores fundamentos jurídicos la señora DIANA ROJAS ROSERO presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho persiguiendo el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por la desaparición de su compañero permanente, Así entonces, no puede ahora la autoridad judicial negar las pretensiones de la demanda por no acreditar el proceso declarativo de presunción de muerte, cuando anteriormente había dicho que no se requería de tal requisito."

2.8.1. Las alegaciones finales

2.8.1.1. Del Ministerio de Defensa²⁰

Solicitó confirmar la sentencia dictada por la A quo, manifestando compartir "la decisión de primera instancia, por lo que resultó probado, para el Despacho la presunción de legalidad del acto administrativo demandado se mantuvo incólume (sic), igualmente teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, no existe prueba idónea para demostrar la muerte del señor REINEL QUIJANO ANACONA, que es el registro civil de defunción, documento que al tratarse de una muerte presunta, debió obtenerse adelantando el proceso ordinario de muerte presunta, para que un Juez de la República declarara el deceso y por consiguiente se inscribiera el Registro Civil de defunción, según el Decreto 1260 de 1970."

2.9. El concepto del Ministerio Público²¹

Mediante oficio No. P.J. 40 – No. 172 del 4 de septiembre de 2014, el Procurador 39 Judicial II para Asuntos Administrativos indicó la imposibilidad

²⁰ Folios 130 y 131 del cuaderno principal

²¹ Folio 139 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

de su Despacho para presentar concepto de fondo, en tanto que “no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los procesos allegados en el término dispuesto en la Ley 1395 de 2010...”

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que el derecho reclamado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

3.3. Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010²², el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional dispuso que no había lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión mensual de sobrevivientes con ocasión del desaparecimiento del soldado voluntario del ejército nacional QUIJANO ANACONA REINEL, en consideración a los siguientes argumentos:

“Que el soldado Voluntario del Ejército Nacional, QUIJANO ANACONA REINEL, fue dado de alta el 26 de septiembre de 1999 y de baja el 9 de mayo de 2002, por presunción de muerte, (folio 124).

Que el desaparecido Soldado Voluntario completó un tiempo de servicio físico de 2 años, 7 meses y 13 días, según consta en la Hoja de Servicios No. 3-25320274 del 12 de abril de 2010, (folio 124).

²² Folios 5 a 7 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

Que en la copia del Informe Administrativo por el cual se declara Definitivamente Desaparecido No. 002 de fecha 25 de marzo de 2010, (folio 107), adelantado por el Comandante Batallón de Infantería No. 7 "GENERAL JOSÉ HILARIO LÓPEZ", se declara DEFINITIVAMENTE DESAPARECIDO el mencionado Soldado Voluntario, hechos ocurridos en SIMPLE ACTIVIDAD.

Que se presenta a reclamar pensión de sobrevivientes DIANA ROJAS ROSERO, (folio 14), en su condición de presunta compañera permanente, y en representación del menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, aduciendo su calidad de hijo del desaparecido Soldado voluntario, sin que existan documentos que acrediten tales calidades, a través de apoderado legal, (folios 12 y 13).

Que la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 consagra en su artículo 6 lo siguiente: "El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley".

Que a través del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004 se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, normatividad esta que en su articulado no consagra el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por presunción de muerte.

Que dentro del expediente prestacional no obra copia de la sentencia debidamente ejecutoriada proferida dentro del proceso de presunción por muerte que debió o debe adelantarse a nombre del desaparecido Soldado Voluntario, de conformidad con lo establecido en la legislación civil colombiana, así como copia auténtica del registro civil de defunción del mismo.

Que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, consagra: "A la muerte de un soldado o Grumete en servicio activo, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero", norma de carácter especial, de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos, y que en ninguno de sus artículos estableció reconocimiento alguno de pensión con ocasión del fallecimiento de un Soldado o Grumete.

Que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004, consagra: "PENSIONES DE SOBREVIVENCIA DE SOLDADOS PROFESIONALES: Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 07 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto"...

Que teniendo en cuenta las normas antes citadas, se puede concluir en forma clara, que por el desaparecimiento del Soldado Voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, no se consolidó reconocimiento pensional alguno, toda vez que las mismas no lo consagran.

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

*Que de otra parte es pertinente manifestar, que conforme a las normas anteriormente mencionadas, una vez acreditado legalmente el fallecimiento del Soldado Voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, no procede igualmente el reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de la pensión de sobrevivientes solicitada, toda vez que la misma en ningún momento se consolida.
(...)"*

- A través de la Resolución No. 103394 del 4 de junio de 2010²³, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, decidió revocar las Resoluciones No. 5281 del 15 de mayo de 2010 y 103158 del 31 de mayo de 2010, procediendo a reconocer una bonificación y una compensación por muerte.

- En el informe Administrativo del 25 de febrero de 2010²⁴, el Comandante del Batallón de Infantería No. 7 "General José Hilario López", declaró, en aplicación del Decreto 2728 de 1968, provisionalmente desaparecido en simple actividad al soldado QUIJANO ANACONA REINEL; ello sustentado en los siguientes hechos:

"SE ELABORA EL PRESENTE INFORMATIVO DE ACUERDO AL FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA NO. 2010 00021 00 DE FECHA 04 DE FEBRERO DE 2010, DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA; EN HECHOS SUCEDIDOS EN EL SECTOR DENOMINADO LA BALASTRERA, VEREDA SAN PEDRO MUNICIPIO DE LA SIERRA CAUCA EL (SIC) DÍA 09 DE MAYO DE 2000, SEGÚN VERSIÓN DE LA SEÑORA OFELIA ANCONA MADRE DEL SOLDADO, EN DESPLAZAMIENTO HACIA LA VEREDA LA PALMA, EL SLV. QUIJANO ANACONA REINEL FUE BAJADO DE LA BUSETA POR DOS INDIVIDUOS QUE SE MOVILIZABAN EN UN MOTOCICLETA, SIN TENER NOTICIAS DE ÉL HASTA LA FECHA."

- El mismo Comandante de Batallón, mediante Informe Administrativo del 25 de marzo de 2010²⁵ y también en aplicación del Decreto 2728 de 1968, declaró definitivamente desaparecido en simple actividad al soldado QUIJANO ANACONA REINEL, adicionando a los hechos mencionados en precedencia, los siguientes:

"DE ACUERDO A LA INVESTIGACIÓN QUE ADELANTÓ LA FISCALÍA, NO SE ESTABLECIÓ (SIC) LAS CIRCUNSTANCIAS DE SU DESAPARICIÓN ARCHIVÁNDOLA

²³ Folio 12 a 18 del cuaderno principal

²⁴ Folio 21 del cuaderno principal y 68 del cuaderno de pruebas

²⁵ Folio 22 del cuaderno principal y 69 del cuaderno de pruebas

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

MEDIANTE RESOLUCIÓN 006-005 DEL 04 DE NOVIEMBRE DE 2003. EN RAZÓN A QUE NO SE HA TENIDO CONOCIMIENTO DE SU PARADERO, NO PRUEBAS DE SUPERVIVENCIA, ES ARGUMENTO SUFICIENTE PARA DECLARARLO DEFINITIVAMENTE DESAPARECIDO.”

- Luego, mediante Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército Nacional No. 1187 del 25 de marzo de 2010²⁶, el Jefe de Desarrollo Humano de la Entidad dispuso:

“ARTÍCULO 1-457 RETIRAR DEL SERVICIO ACTIVO POR PRESUNCIÓN DE MUERTE AL SEÑOR SLV QUIJANO ANACONA REINEL CM 25320274, DE ACUERDO A OFICIO NO. 2015550227451 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIASO DE FECHA 25 DE MARZO DE 2010, DONDE EL SEÑOR SUBDIRECTOR DE ASISTENCIA SOCIAL DEL EJÉRCITO NACIONAL SOLICITA EL RETIRO Y DE ACUERDO A TRÁMITE DE TUTELA NO. 2010 00021 00 DE FECHA 04 DE FEBRERO DE (ILEGIBLE), QUIEN REMITE EL INFORMATIVO ADMINISTRATIVO 001 DE FECHA 25 DE FEBRERO DE 2010 EN EL CUAL SE DECLARA PROVISIONALMENTE DESAPARECIDO Y EL INFORMATIVO 002 DE FECHA 25 DE MARZO DE 2010 DONDE SE DECLARA DEFINITIVAMENTE DESAPARECIDO AL SLV. QUIJANO ANACONA REINALDO (SIC), ELABORADOS POR EL COMANDANTE DEL BATALLÓN DE INFANTERÍA NO. 7 “GENERAL JOSÉ HILARIO LÓPEZ.

PRESUNCIÓN DE MUERTE

SLV 19990926 QUIJANO ANACONA REINEL...”

- Mediante Auto del 4 de julio de 2005²⁷, el Comandante del Batallón de Infantería No. 7 “General José Hilario López”, declaró que no existía mérito para aperturar investigación formal disciplinaria en contra del Soldado REINEL QUIJANO ANACONA por la falta consistente en la inasistencia al servicio en el año 2000, disponiendo además el archivo definitivo de la investigación, decisión que dejó sin vigencia lo expresado en el oficio No. 3395 BR3 BILOP del 23 de agosto de 2004²⁸.

- Decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 17 de mayo de 2007²⁹ en el trámite de la acción de cumplimiento radicada bajo el No. 2006 00003 01, y la sentencia de tutela del 4 de febrero de 2010³⁰ dictada por la misma corporación en el proceso 2010 00021 00, en la cual se dispuso:

²⁶ Folio 55, 56 siguientes del cuaderno de pruebas

²⁷ Folios 24 a 30 del cuaderno principal

²⁸ Folios 31 y 32 del cuaderno principal

²⁹ Folios 7 a 14 del cuaderno principal

³⁰ Folios 15 a 22 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

“1. TUTELAR los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA y al DEBIDO PROCESO de la señora DIANA ROJAS ROSERO, los cuales han sido vulnerados por el MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL...

2. Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS, el oficio 20095620368971 de 24 de noviembre de 2009 y se ordena al COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, PROCEDA A REVOCAR la ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No. 001157 de 2000 en lo concerniente al SLV REINEL QUIJANO ANACONA y proceda a iniciar los trámites prestacionales, en caso de desaparecimiento del soldado en servicio activo, previstos en el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000. (...)”

Igualmente, se allegó la copia del auto del 20 de mayo de 2010³¹, mediante el cual se aperturó un incidente de desacato por no acatar lo dispuesto en la mencionada sentencia, providencia en la que consideró el Tribunal:

“Es claro entonces que se ha establecido que para proceder a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales a las que tienen derecho basta que se haya declarado provisional y definitivamente desaparecido y que a su vez se haya dado de baja por presunción de muerte, actuaciones estas que el Ejército Nacional ha cumplido según consta en el informativo administrativo provisional No. 01 de 25 de febrero y definitivo No. 02 de 25 de marzo que declaró al señor QUIJANO provisional y definitivamente desaparecido respectivamente y la orden administrativa de personal No. 1187 de 25 de marzo de 2010, que lo retiró del servicio por presunción de muerte... situación que obliga a la entidad accionada a proceder de conformidad con la norma sub examine. Sin embargo, como así no se ha hecho, forzoso resulta para el Tribunal concluir que se encuentran acreditados los fundamentos fácticos que permiten ordenar la apertura del presente incidente frente al fallo de tutela calendarado 04 de febrero de 2010...”

- En la hoja de servicios No. 3-25320274 se puede constatar que el Soldado Voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, prestó sus servicios en el Ejército Nacional por un periodo de 2 años, 7 meses y 13 días, produciéndose su alta por “presunción de muerte”.

- Oficio No. 000132 del 13 de febrero de 2014, emanado de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual se informaron las actividades realizadas por el Grupo de NNs y Desaparecidos de la entidad, junto con la copia de las respectivas actuaciones.³²

³¹ Folios 24 y 25 del cuaderno principal

³² Folios 26 y siguientes del cuaderno de pruebas

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

- Informe de inasistencia al servicio del 26 de abril de 2000³³ y Acta No. 0457 del 11 de mayo de 2000³⁴.

3.4. El asunto materia de debate

Se debe precisar que al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de la Corporación se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación, en tanto guarden relación con los planteamientos de la demanda, por cuanto es la alzada la que fija el ámbito de competencia del superior, debiendo la providencia que se desate de dicho recurso, guardar consonancia con el objeto del mismo.

En estos términos, la Sala estudiará la decisión nugatoria adoptada por la primera instancia, para que en caso de no encontrarla conforme, proceder a revisar las pretensiones y cargos de nulidad relacionados con el derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman los demandantes en calidad de compañera permanente e hijo del extinto soldado voluntario del Ejército Nacional REINEL QUIJANO ANACONA, la cual no fue reconocida.

3.5. Cuestión previa. La declaración de muerte presunta

Conforme ha quedado visto, la entidad demandada ha expresado que uno de los impedimentos para proceder a reconocer la prestación a los beneficiarios del señor REINEL QUIJANO ANACONA, es el hecho de que ni en el trámite administrativo, ni dentro del presente contradictorio, obra copia de la sentencia, debidamente ejecutoriada, mediante la cual se hubiere declarado su presunto fallecimiento.

Luego, entonces, antes de disponer sobre el derecho que reclaman los demandantes, para la Sala es necesario indicar que, conforme lo había

³³ Folio 9 del cuaderno principal

³⁴ Folios 10 y 11 del cuaderno principal

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

establecido esta Corporación dentro del trámite de la acción de tutela que cursó dentro del radicado No. 2010 00021 00, específicamente en el auto que aperturó el incidente de desacato, el normado que rige la materia es el Decreto 1793 de 2000, que reguló lo concerniente al “desaparecimiento” en su artículo 27 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 27. DESAPARECIDOS. *El soldado profesional en servicio activo que desapareciere o fuere secuestrado sin que se vuelva a tener noticia de él durante treinta (30) días, será **considerado** como **provisionalmente desaparecido** previa comprobación que hará la autoridad militar respectiva mediante la investigación correspondiente.*

PARAGRAFO 1. *Si de la investigación que se adelante no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios del desaparecido, en el orden establecido para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, continuarán percibiendo en la pagaduría respectiva la totalidad de los haberes del soldado profesional hasta por un término de dos (2) años. Vencido el lapso anterior, se declarará **definitivamente desaparecido**, se dará de **baja por presunción de muerte** y se procederá a **reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales a que haya lugar**, de acuerdo con las circunstancias en que haya sucedido el desaparecimiento.*

PARAGRAFO 2. *Mientras se tengan indicios de supervivencia del soldado profesional secuestrado, sus beneficiarios también tendrán derecho a percibir en la pagaduría respectiva la totalidad de sus haberes hasta obtener la libertad. **Si pasados dos años a partir del último indicio, no se volviere a tener noticias de supervivencia, se procederá de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior**”.* (Se Destaca)

Entonces, como bien lo consideró el Tribunal dentro del trámite incidental, para proceder a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales a que tuvieran derecho, era únicamente necesario que i) se declarara la desaparición provisional, ii) se declarara la desaparición definitiva, y finalmente iii) que el soldado fuera dado de baja por presunción de muerte, tal y como ocurrió en el caso del señor REINEL QUIJANO ANACONA.

Así, entiende la Sala que en ninguno de los apartes del normado en cita, vigente al momento en que se configuró la desaparición definitiva del soldado voluntario y cuando fue dado de baja, se exige como requisito para que los beneficiarios accedan a las prestaciones a las que tienen derecho, el de contar con una sentencia en la que se determine la muerte presunta

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

del soldado, máxime que el mismo dispone una presunción cuya prueba en contrario debía ser de resorte del Ejército Nacional.

Contrario sensu, al plenario fueron allegados diferentes medios de prueba en los que se puede constatar que a partir del 9 de mayo de 2000, no se volvió a tener noticias del señor QUIJANO ANACONA.

Por ello, esta Corporación considera que para determinar el alcance del derecho a la pensión de sobrevivientes que reclaman los demandantes no es necesario, contrario a lo dispuesto por el A quo, contar con una sentencia que declarara su muerte presunta, en tanto que la norma que regulaba la desaparición de los soldados voluntarios al momento en que fue declarado como desaparecido no lo exigía; por lo que se procederá a estudiar de fondo la situación jurídica planteada por la parte actora.

3.6. El marco legal de la pensión de sobrevivientes

Dado que el asunto en debate trata sobre la pensión de sobrevivientes, se hace necesario exponer su regulación legal.

Al respecto se debe señalar que en materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968 y 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969 consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión; y ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento. Así señalan las normas en comento:

“(...) Decreto 3135 de 1968. Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

(...) Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes. Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

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

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

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973³⁵, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del sector público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

"(...) Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. (...) Parágrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley."

Luego, la Ley 12 de 1975 sólo exigió que el trabajador o empleado hubiera completado el tiempo de servicio, de manera que si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional.

"(...) Artículo 1° El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas. (...)"

³⁵ Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

De lo anterior se infiere, que si bien, en principio, el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, amparando con tal medida el derecho de la familia del empleado que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, la cual al consagrar el Sistema General de Pensiones derogó tácitamente³⁶ la Ley 12 de 1975. Esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual, señalando que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el afiliado que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

De no darse las condiciones expuestas para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en los artículos 49 y 78 de la Ley 100 de 1993 se creó para el régimen solidario de prima media con prestación definida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. Y para el régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución de fondos según la cual los beneficiarios del afiliado tienen derecho a recibir la totalidad del saldo abonado en la cuenta individual de

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-328/01

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a éste hubiera lugar.

En conclusión, se tiene que el sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, en la actualidad en vez de la sustitución pensional rige la pensión de sobrevivientes contemplada dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, el cual entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato del artículo 151 de la referida Ley 100.

3.7. El marco legal de la pensión de sobrevivientes en el régimen de la fuerza pública

El Decreto 2728 de 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”*, en el artículo 8º estableció algunas prestaciones de carácter económico a favor de los soldados que en servicio activo mueren *“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”*. Al respecto, la norma en referencia preceptuó:

“(...) 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 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. (...)”

Por su parte, en el Capítulo V del Decreto 1211 de 1990 se determinó las prestaciones por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. El artículo 189 de este Decreto, indicó que:

“(...) A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: a). A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto. b). Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante. c). Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. d). Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto. (...)”.

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

Así mismo, dicha ley estableció en su artículo 5º que *“(...) serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993*

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

(...)”. Y estableció que, “(...) como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva (...)”.

Con posterioridad se dictó la Ley marco 923 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política”. Esta ley, en el artículo 3° estableció los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez, en los siguientes términos:

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

(...) 3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior. Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública (...)”

La referida ley 923 en el artículo 6° extendió sus efectos para el reconocimiento pensional de invalidez y sobrevivientes a los hechos ocurridos en servicio o simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, así:

“(...) ARTÍCULO 6o. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley (...)"

Al día siguiente de la expedición de la Ley 923, el gobierno nacional dictó el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, estableciendo en el artículo 1° el campo de aplicación, en los siguientes términos:

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

En el mismo decreto se fijó la normativa para la pensión de sobrevivientes de cada una de las fuerzas que conforman la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentra la Policía Nacional, cuyo régimen pensional se estableció en el Título III y lo relativo a la pensión de sobrevivientes en el capítulo III, diferenciando los requisitos para la pensión de sobrevivientes cuando la muerte se causa en actos especiales del servicio, actos de servicio y muerte en simple actividad.

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

*“**Artículo 21. Muerte en simple actividad.** A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables. (...).”*

3.8. El caso concreto

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

De conformidad con las normas anotadas, se tiene que a pesar que la declaración de muerte presunta no fue realizada judicialmente, el señor REINEL QUIJANO ANACONA fue debidamente declarado desaparecido en el año 2010 por parte del Ejército Nacional y, luego, dado de baja por muerte presunta en atención al referido hecho.

Por vía jurisprudencial se ha expresado que en tratándose de la pensión de sobrevivientes cuando la muerte es declarada por desaparecimiento, la fecha a tener en cuenta por el operador jurídico para determinar el requisito de las cotizaciones no debe ser la declarada por el juez sino aquella en la que la persona desapareció, como quiera que se torna en un imposible categórico que se hayan efectuado cotizaciones dentro del lapso comprendido entre el desaparacimiento y la declaratoria de muerte presunta. Al respecto, se ha señalado:³⁷

"(...) "Para la Corte, realmente la conclusión del Tribunal no resulta desacertada, puesto que, pese a que la muerte por desaparacimiento fue declarada judicialmente a partir del 30 de septiembre de 1995, no podría exigirse el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

De aceptarse el razonamiento del ISS, según el cual, como a la fecha de la muerte presunta del desaparecido (30 de septiembre de 1995) éste no había cotizado las 26 semanas dentro del año anterior a la muerte que exige el artículo 46, numeral 2º de la Ley 100 de 1993, es lógico que en todos los casos en que como fecha de la muerte presunta se fije el último día del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias (artículo 97, regla 6º, Código Civil) será imposible que el desaparecido haya cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año anterior a la fecha señalada como de muerte presunta y lo será, porque por razones obvias, el desaparecido en cuanto tal no tiene posibilidad física ni jurídica de realizar las tales cotizaciones desde el momento de su desaparacimiento. Tiene establecido la lógica, y lo ha recogido el derecho civil como de sus principios en aforismo, que nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur).

De allí que pueda decirse que el desaparacimiento constituye una circunstancia de fuerza mayor que impide de modo absoluto al desaparecido el cumplimiento de su obligación de seguir efectuando sus aportes a la seguridad social.

Si ello es así -se repite- no considera la Corte desacertado el juicio del fallador colegiado cuando se apartó de la exigencia prevista por el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues el señor ELKIN MEDARDO RODRÍGUEZ BUILES había desaparecido el 30 de septiembre de 1993 y así la exigencia de

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de julio de 2002, Radicación No.16947, Magistrado Ponente: Luis Gonzalo Toro Correa.

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

seguir efectuando cotizaciones no podía hacerse sino hasta esta misma fecha. Además, porque cuando tal circunstancia aconteció, aún no estaba rigiendo la susodicha ley de seguridad social. (...)"

En similares términos, la Corte Constitucional se ha venido pronunciado. En Sentencia T-776 de 2009 se decretó el amparo transitorio en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en relación con la cónyuge y los hijos menores de edad de una persona que fue víctima de desaparición forzada. Al pronunciarse sobre el caso concreto, consideró que la contabilización de las 50 semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado, debía realizarse desde el momento en el que el desaparecido estuvo en imposibilidad física y jurídica de cotizar y no desde cuando se decretó la muerte presunta por las autoridades judiciales, así:

"(...) En ese orden de ideas, la Sala encuentra que a Elizabeht Mestre Hernández al igual que sus hijos Jorge Leonardo Riveros Mestre, Juan Sebastián Riveros Mestre y David Alexander Riveros Mestre, les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes causado por la desaparición y posterior muerte de su esposo y padre respectivamente, el día 3 de junio de 2002, ya que a partir de este momento entró el mismo en incapacidad física y jurídica para continuar realizando los aportes al sistema General de Pensiones.

Por las conclusiones expuestas, la Sala encuentra que los argumentos dados por la demandada resultan contrarios a las normas aplicables al caso y a la amplia jurisprudencia que ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia, puesto que no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas durante los tres últimos años anteriores a la fecha del desaparecimiento del causante y en su lugar se tuvo en cuenta la fecha de declaratoria de su muerte presunta. (...)"

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

Conforme lo expuesto, si a los beneficiarios del señor REINEL ANACONA QUIJANO se le aplicara la normativa especial de la Fuerza Pública para determinar si tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que este

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

régimen es claro en indicar que dicha prestación, en la normativa vigente a su presunta muerte, se reconoce cuando la muerte se causa no en simple actividad, sino con exigencias distintas tales como el fallecimiento en combate a o manos del enemigo -entre otras -, exigencias que, se itera, no se acreditan en el caso del extinto soldado.

Por el contrario, si para los mismos efectos se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha de declararse la muerte presunta, resultaría procedente reconocer la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando los demandantes cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.³⁸

En efecto, en casos con factum similar al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia, dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos.

Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la Fuerza Pública, también lo es que la Corte Constitucional en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó lo siguiente:

"(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias²⁸." 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.

³⁸ Sobre la aplicación del principio de favorabilidad en estos casos, ver Consejo de Estado – Sentencia del 28 de octubre de 2015, Rad. No. 68001233100020110398 01

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

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.

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 (...)."

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 el operador jurídico, en razón del referido principio, 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 beneficiarios³⁹.

En otras palabras, es dable concluir que si bien la existencia de regímenes especiales en materia de seguridad social no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pueden presentarse casos específicos -como el que nos ocupa- en que las disposiciones de los mismos resulten menos favorables que el régimen general, y las demás prestaciones contempladas no tienen la potencialidad de compensar tal afectación; razón por la cual, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe recurrir al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

Vistas así las cosas, solo resta por examinar si se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para efectos de ordenar su reconocimiento, el cual señala lo siguiente:

"(...) ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y. 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores

³⁹ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: a) Literal INEXEQUIBLE b) Literal INEXEQUIBLE (...)"

En punto a determinar la calidad de compañera permanente de la señora DIANA ROJAS ROSERO, la Sala evidencia que en la Resolución No. 103394 del 04 de junio de 2010 fue reconocida como beneficiaria⁴⁰, así como el hecho de que en los trámites judiciales efectuados ante esta corporación, fue ella quien incentivó la protección de sus derechos fundamentales habida cuenta de su relación afectiva con el extinto señor QUIJANO ANACONA REINEL.

Tampoco se desatendió el hecho de que las múltiples gestiones para dar con el paradero de su compañero desaparecido, fueron efectuadas por la señora ROJAS ROSERO, así como que en las decisiones de tutela que obran en el plenario se pudo constatar que, en efecto, ella tenía la calidad de compañera permanente del causante.

Es así como en las decisiones del 17 de mayo de 2007⁴¹ y del 4 de febrero de 2010⁴², este Tribunal dispuso que: "(...) *La norma que se pretende hacer cumplir implica el reconocimiento de los derechos prestacionales del Soldado REINEL QUIJANO ANACONA, a favor de su compañera permanente y su hijo menor...*", y "(...) *Sumando a lo anterior, se tiene que los hechos narrados atentan de forma directa contra el derecho fundamental a la vida digna de la señora ROJAS ROSERO y de su hijo, al impedirles el conocimiento de lo realmente ocurrido con su esposo y padre y además les ha impedido la definición de cualquier derecho de tipo prestacional a las que muy posiblemente tienen derecho...*"

Es importante reseñar que, a efectos de demostrar la calidad compañera (o) permanente dentro del proceso contencioso administrativo no se ha implementado ni aceptado jurisprudencialmente el concepto de tarifa

⁴⁰ Folio 16 del cuaderno principal

⁴¹ Folios 7 y siguientes del cuaderno de pruebas

⁴² Folios 15 y siguientes del cuaderno de pruebas

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

legal; quiere decir lo anterior, que se tiene libertad probatoria para acreditar la convivencia y apoyo mutuo con el causante.

Incluso, fungiendo como juez de tutela, el Consejo de Estado ha concluido que se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando en sede administrativa se exige probar la unión marital de hecho por medio de declaración de autoridad competente, esto es por sentencia judicial⁴³.

Así, al revisar el expediente, encuentra la Sala que, sin lugar a dudas, la calidad de compañera permanente de la actora fue debidamente acreditada, por lo que en consonancia con las precisiones jurisprudenciales expuestas, se itera, se deberá conceder la pretensión pensional, reconociéndola tanto al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, como a la señora DIANA ROJAS ROSERO.

Así las cosas, aparecen acreditados los siguientes hechos: i) que el menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS era hijo del señor REINEL QUIJANO ANACONA;

⁴³ Así se refirió en sentencia de 28 de abril de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, radicación número: 19001-23-31-000-2010-00237-01 (AC), actor: Alba Valencia Mera, demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

*“Por lo tanto, se repite, la acción de tutela se erige en esta oportunidad como el mecanismo idóneo para verificar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de la demandante. **Ahora bien, en lo que tiene que ver con la conducta de la entidad demandada, consistente en suspenderle a la actora el pago de la pensión de beneficiarios a la que cree tener derecho con ocasión del fallecimiento del señor Sargento Segundo (r) del Ejército Alvaro León Díaz Castro “hasta tanto se aporte a esta entidad declaración de unión marital de hecho declarada por la autoridad competente”, esta Corporación, en un asunto similar precisó que no le es dado a la autoridad pública limitar a un solo medio de prueba (sentencia judicial) la demostración de la existencia de la unión marital de hecho, con miras a obtener el pago de una pensión de beneficiarios, habida cuenta de que “resulta desproporcionado que la administración le imponga al particular un tarifa legal a la hora de acreditar un hecho en sede administrativa, cuando la normatividad y la jurisprudencia le han dado plena validez a los medios de convicción ordinarios a fin de acreditar la calidad de compañero permanente para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente”.** Así discurrió la Sección Segunda de esta Corporación en el asunto que se menciona: “(...) En atención a las consideraciones expuestas y de conformidad con los artículos 34 y 57 del C. C. A., encuentra la Sala vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, pues se le está exigiendo la acreditación de un requisito por un medio que no está contemplado en la ley como el único para probar la unión marital dentro del procedimiento que se adelanta en sede administrativa.” El presente asunto es en esencia idéntico al del fallo transcrito, comoquiera que la autoridad demandada –Caja de Retiro de las Fuerzas Militares– ha privado a una compañera permanente, en claras condiciones de indefensión, del derecho a la pensión de sobrevivientes, so pretexto de exigir una sentencia judicial para demostrar la unión marital de hecho, cuando el ordenamiento jurídico no establece dicha tarifa legal, lo cual da lugar a otorgar la protección deprecada, tal como lo dispuso el a quo en el fallo impugnado que, por lo expuesto, se confirmará.” (Se destaca)*

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

ii) que la señora DIANA ROJAS ROSERO era la compañera permanente del mencionado señor QUIJANO ANACONA y, iii) que la muerte presunta del soldado voluntario REINEL QUIJANO ANACONA fue declarada mediante la orden administrativa de personal del comando del Ejército No. 1187 del 25 de marzo de 2010, junto con su consecuente retiro del servicio, hecho que, en los términos de los apartes jurisprudenciales citados Ut Supra, debe ser tomada a partir del 09 de mayo de 2000.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que se cumplen con las condiciones necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS y a la señora DIANA ROJAS ROSERO, ya que no solo se demostró el grado de parentesco por parte del menor con el causante⁴⁴ y la relación afectiva de la demandante con este último, sino también que se encuentra acreditado que el señor REINEL QUIJANO ANACONA cotizó al Sistema de las Fuerzas Militares durante 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte, puesto que de acuerdo con lo probado en el proceso el mencionado señor estuvo vinculado por el periodo de 2 años, 7 meses y 13 días, hasta el día en que desapareció. Situación que impone declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010.

En cuanto al reconocimiento efectivo de la prestación, la Sala considera que el derecho surgió desde el momento mismo del deceso del señor QUIJANO ANACONA, y en tanto que en la demanda no hay constancia de la fecha de la reclamación, hay lugar a que se configure la prescripción trienal de las mesadas pensionales a que pudieron tener derecho⁴⁵, período que se contará teniendo en cuenta la expedición del acto administrativo demandado -02 de junio de 2010 -. Así, se debe ordenar el pago de la pensión aquí reconocida a la señora DIANA ROJAS ROSERO y al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS desde el 02 de junio de 2007.

⁴⁴ Folio 33 del cuaderno principal

⁴⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección A, CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 06 de marzo de 2008, Rad. 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

La actualización de las mesadas deberá realizarse mes a mes, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, según la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde (R), resulta de multiplicar el valor histórico (RH) o diferencia hallada en cada mensualidad, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplica separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la nulidad del acto demandado y ordenar el respectivo restablecimiento del derecho.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 27 de junio de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2036 del 2 de junio de 2010, proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se negó el reconocimiento y pago a favor de la señora DIANA ROJAS ROSERO y del menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente e hijo, respectivamente, del extinto SLV. REINEL QUIJANO ANACONA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR, como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - SECRETARÍA GENERAL, reconocer y pagar a la señora DIANA ROJAS ROSERO la pensión de sobrevivientes establecida en la Ley 100 de 1993, por favorabilidad, en la cuota parte que le corresponde, equivalente al 50% de la prestación, de manera vitalicia, la cual se aumentará cuando su hijo deje de percibir la cuota parte que le correspondiere.

TERCERO.- ORDENAR, como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - SECRETARÍA GENERAL, reconocer al menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS y pagar, a través de su madre hasta que cumpla su mayoría de edad, y directamente a él cuando sea mayor, la pensión de sobrevivientes establecida en la Ley 100 de 1993, por favorabilidad, en la cuota parte que le corresponde, equivalente al 50% de la prestación, la cual será efectiva hasta que cumpla los 25 años de edad⁴⁶, siempre y cuando se acredite encontrarse incapacitado para trabajar en razón de los estudios que adelante. La cuota parte que le correspondiere al menor, será transferida a la señora DIANA ROJAS ROSERO cuando aquél deje de percibir la asignación.

Conforme al fenómeno de la prescripción trienal, el pago de las mesadas causadas será efectivo a partir del 2 de junio de 2007.

⁴⁶ Ver Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A, Sentencia del 12 de mayo de 2013, Rad. No. 25000232500020100120001 (19442012)

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

CUARTO.- Las mesadas adeudadas tendrán los reajustes de Ley. Así mismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor mes por mes, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir desde el 2 de junio de 2007, 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 esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada que se dejó de devengar y para las demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

QUINTO.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- REMITIR el expediente al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán, a quien le corresponde seguir conociendo del asunto, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente: 19001 33 31 002 2012 00091 02
Demandante: DIANA ROJAS ROSERO Y OTRO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – SECRETARÍA GENERAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: Sentencia II Instancia

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

GLORIA MILENA PAREDES ROJAS

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO