



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

-SALA DE DECISIÓN 001 -

SENTENCIA No.136.

Popayán, quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 11001-33-35-002-2017-00320-01
Demandante: Dora Libia Caicedo Peralta
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fl. 31 c. ppal.)

Solicitó se declare la nulidad del oficio del 20 junio de 2017, en el que se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor por la muerte de su hijo, el ex soldado campesino Estiven Fernando Caicedo Peralta.

Y, a modo de restablecimiento, se ordene el reconocimiento de la prestación desde la fecha de la muerte de aquel, con el pago del retroactivo respectivo, debidamente actualizado.

1.2. Como HECHOS relevantes, la actora alegó los siguientes: (fl. 28 c. ppal.)

Que su hijo, Estiven Fernando Caicedo Peralta, fue incorporado al Ejército Nacional para prestar el servicio como soldado campesino, entre el 21 de agosto de 2014 y el 9 de enero de 2016, y falleció el 29 de febrero de este año.

Que debido a que aquel no tenía hijo, cónyuge ni compañera permanente y convivió y veló económicamente por ella hasta el día de su muerte, es la única

beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el hecho de haber tenido 72 semanas cotizadas al servicio del Ejército Nacional.

Que el 20 de febrero de 2016, presentó solicitud para el reconocimiento de la prestación, respecto de la cual obtuvo respuesta negativa mediante oficio del 20 de junio de 2017, con fundamento en que el fallecimiento se había dado por fuera del servicio militar.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (fl. 34 c. ppal.)

Que el acto acusado desconoció los principios de favorabilidad, de aplicación de la condición más beneficiosa y de igualdad consagrados en la Constitución Política, ya que, para el reconocimiento de la prestación, debió aplicarse la Ley 100 de 1993 -régimen general-, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en la medida en que esta norma contiene exigencias menores para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues, para el efecto solo exige tener 26 semanas cotizadas; mientras que el Decreto 4433 de 2004 –régimen especial-, señala requisitos más onerosos, ya que establece el derecho a la prestación pero solo en los eventos de muerte con ocasión del servicio.

2. LA CONTESTACIÓN (fl. 83 c. ppal.)

El Ejército Nacional manifestó que son ciertos los hechos narrados en la demanda pero que no le asiste razón a la actora frente a las pretensiones, en tanto que la muerte se produjo cuando el causante ya había culminado la prestación del servicio militar obligatorio, por lo que no se puede atribuir al servicio, y menos por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, de manera que se torna improcedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Que no se puede aplicar la Ley 100 de 1993, debido a que dicha norma excluye en sus disposiciones a los miembros de la fuerza pública, quienes gozan de un régimen especial, contenido en el Decreto 2728 de 1968, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En ese sentido, planteó como excepciones de fondo las de i) *“improcedencia del derecho reclamado”*, ii) *“prescripción de las mesadas pensionales y la iii) “innominada o genérica”*.

3. SENTENCIA APELADA (fl. 120 c. ppal.)

En el fallo apelado se dispuso negar las pretensiones y no condenar en costas a la parte demandante, para lo cual adujo que en el proceso se pudo establecer que conforme a la Ley 447 de 1998, y el Decreto 4433 de 2004, el reconocimiento de

la pensión de sobrevivientes para los conscriptos únicamente procedía cuando se producía su deceso en combate, como consecuencia de acción del enemigo, en conflicto internacional o en restablecimiento del orden público; pero en el caso de Estiven Fernando Caicedo Peralta, se pudo establecer que su deceso ocurrió después de que culminó el servicio militar obligatorio y se había desvinculado de la accionada, sin que fuera dable estudiar la procedencia del reconocimiento de la prestación bajo el régimen general, dado que no se demostró alguna otra vinculación laboral.

4. LA APELACIÓN (fl. 127 c. ppal.)

La interpuso la actora, recurso en el que adujo que el hecho de que su hijo no estuviera vinculado al momento del fallecimiento al Ejército Nacional no es óbice para la negación de la pensión, pues, lo que se solicita es la aplicación de la Ley 100 de 1993 por favorabilidad, y dicha norma no establece el requisito de que la vinculación laboral sea actual.

Que la jurisprudencia ha establecido que el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio se debe tener en cuenta para el reconocimiento de pensiones y, por tanto, no se puede desconocer que su hijo se vinculó al Ejército Nacional por 72 semanas, que es un tiempo superior al exigido en la Ley 100 de 1993 para dicho efecto.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad las partes intervinieron para reiterar lo expuesto en la primera instancia (fl. 11, 13 c. apel.).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público se abstuvo de pronunciarse en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. CADUCIDAD

Como quedó visto, en la presente acción se reclama la nulidad parcial de los actos administrativos que dispusieron la negación del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

Por ello, dado que el asunto versa sobre una prestación periódica, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal “c” del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.¹

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

4. DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA PRESUNCIÓN DE SU LEGALIDAD.

Conviene precisar que el acto administrativo es aquel que expresa, entre otros aspectos, una declaración de voluntad de la administración o de particulares que cumplen funciones públicas. De allí que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan precisado como requisitos suyos, la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación y la finalidad. La necesidad de que reúna todos los

¹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).”

elementos esenciales que se han mencionado, atañe no sólo a la correcta gestión pública, sino a la protección de los derechos de quien eventualmente afecte. Por tanto, todo vicio que recaiga en cualquiera de sus elementos lo anula. Sin embargo, como sobre él campea una presunción de legalidad y acierto⁴, compete al perjudicado-demandante no solo informar el vicio o vicios de los que adolece, sino acreditarlos fehacientemente, so pena que la presunción lo mantenga incólume.

En efecto, los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso contienen uno de los más caros principios del derecho probatorio, que es el de la carga o peso de la prueba *-onus probandi-*, mismo que estatuye, en cabeza de cada uno de los extremos del litigio, la necesidad acreditar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyos efectos reclaman, so pena de que el fallo que decida el fondo del litigio le resulte adverso. Por supuesto, que de él son excepciones precisos eventos de raigambre legal como los hechos notorios, las afirmaciones y/o negaciones indefinidas, las presunciones y los casos en que el juez lo redistribuya a la parte que se encuentre en situación más favorable de probar conforme a las reglas de la última disposición.

Según lo anterior, se estudiarán los cargos endilgados contra el acto demandado, se establecerá si se ubican en las causales de anulación, si se acreditaron los supuestos de hecho o de derecho en que se fincan y si tienen el efecto de desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre aquel.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo los argumentos de apelación, corresponde a la Sala determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, Estiven Fernando Caicedo Peralta, ocurrida el 29 de febrero de 2016, después de que ya había sido retirado del Ejército Nacional por cumplimiento del tiempo de servicio militar obligatorio.

Frente a dicho planteamiento la tesis de la parte actora es que sí, debido a que el tiempo que prestó servicio militar obligatorio el causante se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la prestación, la cual es procedente conforme a la aplicación por favorabilidad de la Ley 100 de 1993.

Mientras que por su lado, la parte accionada indica que no, en la medida en que la muerte del causante se produjo cuando ya se había desvinculado de la institución, por lo que no es dable reconocer prestación alguna conforme al régimen que cobija a las fuerzas militares.

6. LO PROBADO EN EL PROCESO

⁴ Por supuesto, que se trata de una presunción legal o *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

- Registro civil de nacimiento de Estiven Fernando Caicedo Peralta, en el que se verifica que es hijo de Dora Libia Caicedo Peralta (fl. 5 c. ppal.)
- Certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, en el que se hizo constar que Estiven Fernando Caicedo Peralta estuvo vinculado a la institución como soldado campesino entre el 21 de agosto de 2014 y el 9 de enero de 2016. (fl. 13 c. ppal.)
- Registro de defunción de Estiven Fernando Caicedo Peralta, en el que se hizo constar que falleció el 29 de febrero de 2016, en el municipio de Bolívar, Cauca. (fl. 4 c. ppal.)
- Petición elevada por Dora Libia Caicedo Peralta, el 10 de marzo de 2017, ante el el Ministerio de Defensa, en la que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, el ex soldado campesino Estiven Fernando Caicedo Peralta, ocurrida el 29 de febrero de 2016, por aplicación favorable de la Ley 100 de 1993 (fl. 15 c. ppal.).
- Oficio del 20 de junio de 2017, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, en el que negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes elevada por la actora frente a la muerte de Estiven Fernando Caicedo Peralta, bajo la consideración de que él falleció después de que se desvinculó de la institución y, por tanto, no le asiste derecho conforme al Decreto 4433 de 2004. (fl. 3 c. ppal.)
- Declaración extraproceso rendida por Imer Orlando Angulo Mosquera, Primitiva Mosquera y Vicky Alejandra Luna Pérez, en la que manifestaron:

Que son amigos de Dora Libia Caicedo Peralta desde hace más de 40 años; que saben que era la madre de Estiven Fernando Caicedo Peralta, quien falleció en hechos violentos el 29 de febrero de 2016, y para tal época no tenía hijos, esposa ni compañera permanente al momento del fallecimiento; que su madre dependía económicamente de él y que obtenía su sustento de labores de agricultura y el campo. (fl. 8 c. ppal.)

7. EL CASO EN CONCRETO

7.1 La Ley 131 de 1985, estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifiesten el deseo de prestar dicho servicio.

El artículo 3° de la ley dispuso que las personas a que sus destinatarios quedarán sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al régimen

prestacional y a las normas relativas a la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

Tal obligación fue reiterada en el artículo 3º de la Ley 48 de 1993 -reglamentada mediante el Decreto 2048 del mismo año-, en cuyo artículo 13 estableció que el servicio debía prestarse bajo las siguientes modalidades:

- “a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;*
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;*
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;*
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.”*

Por otra parte, entre las contraprestaciones que se establecieron a favor de los conscriptos, se dispuso que el tiempo de servicio les sería computado para efectos del pago de cesantías y pensiones, lo que implica que dicho período les sería tenido en cuenta para efectos de los reconocimientos que les puedan asistir. Así quedó dicho en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, en su aparte pertinente:

“ARTÍCULO 40. AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley. (...).”

Ahora bien, aunque con la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador dispuso la derogatoria de todas las normas que le resultaran, la Sala de Servicio y Consulta Civil aclaró que

“Tal derogatoria tácita, en términos del artículo 30. de la Ley 153 de 1887, no afecta la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, pues los beneficios por él otorgados constituyen desarrollo de precepto superior, que ordena conceder prerrogativas especiales, como incentivo, por el cumplimiento de un deber constitucional. Por tanto, el tiempo de servicio militar se computa para efecto de derechos pensionales tanto en el Régimen General de Seguridad Social como en el especial de las Fuerzas Militares, incluido el del personal de soldados profesionales”⁵

Por ello, en el presente asunto resulta aplicable el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, teniendo en cuenta las fechas de vinculación y terminación del servicio

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 1 de julio de 2004, radicación: 1557.

militar obligatorio de parte del causante, ya que si bien la referida ley fue derogada por la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017, esta resulta posterior.

7.2 Por otro lado, en lo que toca con el reconocimiento de prestaciones a favor de los conscriptos, se encuentra que mediante 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”*, se contemplaron en su artículo 8º las prestaciones que le asisten a sus beneficiarios en la eventualidad de que les sobrevenga la muerte en servicio activo, del siguiente modo:

“Artículo 8. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago 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.”

Como se ve, dicha norma estableció que, en caso de muerte de un soldado en servicio por acción directa del enemigo, sus beneficiarios tendrían derecho al pago de 48 meses de salarios y el doble de las cesantías, haberes que habrían de ser liquidados como suboficial en el grado de cabo segundo o marinero, pero no dispuso el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, por lo que se comprende que, en principio, esta prestación les estaba excluida, a pesar del ascenso al grado referido.

En contrapartida, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reformó el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, estipuló en sus artículos 189 y 185, el derecho a que los beneficiarios de los oficiales o suboficiales recibieran, en el evento de muerte en combate, el ascenso póstumo y pago de una pensión de sobreviviente, por lo que existía un trato diferenciado entre unos y otros según la calidad de su vinculación.

Frente a ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ofreció una solución⁶, en el sentido de indicar que sí era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para los soldados regulares bajo la premisa de que al establecerse que debían ser ascendidos, por causa de su muerte, al grado de suboficiales, a partir de dicha condición les surgía el derecho al reconocimiento de la prestación a los beneficiarios, de acuerdo a las normas aplicables⁷.

Ahora bien, mediante la Ley 447 de 1998, *“por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.”*, se quiso zanjar esa diferencia en lo que toca con los conscriptos, por lo que en su artículo 1º dispuso que a partir de su vigencia, la muerte de una persona vinculada a las fuerzas armadas en virtud del cumplimiento del servicio militar obligatorio por cuenta de combate, acción del enemigo, conflicto internacional o en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, generaría el derecho a una pensión de un salario y medio (1 ½) mínimo legal mensual vigente para los beneficiarios que aquella estableciera directamente en el formulario pertinente o los que son designados en el orden legal⁸, sobre los cuales, dicha ley dispuso en su artículo 5º:

“ARTICULO 5o. BENEFICIARIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación.

⁶ Al respecto ver, entre otras, las sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004), Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, radicado 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez De Páez, radicado 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 70001233100020040083201 (2161-2009).

⁷ Dicha posición, además, fue precisada mediante reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, emitido el 4 de octubre de 2018, que si bien resuelve un caso de un soldado voluntario, es aplicable por analogía a los casos de soldados regulares, según lo expresó ese alto tribunal. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15)CE-SUJ2-013-18, actora: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, demandado: Ejército Nacional.

⁸ ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. 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 (11/2) mínimo mensuales y vigentes.

PARAGRAFO 1o. Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.

PARAGRAFO 2o. Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

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.

PARÁGRAFO 1o. Establécese 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, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6o. de esta ley.”

PARAGAF0 <sic> 2o. La sustitución pensional de manera exclusiva, sólo podrá concederse entre un ascendiente al otro ascendiente o entre los padres adoptantes. No podrá desplazarse a otros parientes.

Como se ve, mediante el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, se limitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al hecho de que el beneficiario tuviera un mínimo de 50 años de edad, y aunque a la fecha la Corte Constitucional no ha emitido pronunciamiento sobre la exequibilidad de dicha norma y la condición de edad que impone⁹, el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de mayo de 2018, tuvo la oportunidad de pronunciarse, en el sentido de indicar que tal norma debe ser inaplicada por inconstitucional cuando se trate de los progenitores del causante, en la medida que desconoce el derecho a la igualdad, ya que para en el ordenamiento no existe condicionamiento en ese sentido para eventos similares.

No obstante, como se ve, más allá de que se ha establecido el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los eventos de muerte de los conscriptos por cuenta de combate, acción del enemigo, conflicto internacional o en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, el ordenamiento no contempla el pago de una pensión para los casos en que el fallecimiento se produce en simple actividad -evento frente al que solo consagra un pago de 24 meses de sueldo básico- y menos, como se alude en el presente asunto, cuando el deceso ocurre después de la culminación del servicio.

7.3 Por su parte, el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, sí contempla una pensión de sobrevivientes frente a la contingencia de muerte de un afiliado, lo que estableció en su artículo 46, así:

⁹ Es preciso aclarar que si bien mediante sentencia C 152 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 5º de la Ley 447 de 1998, en el sentido de que los hijos, cónyuge y compañera permanente también son beneficiarios de la pensión; en dicho fallo se emitió pronunciamiento inhibitorio sobre los parágrafos 1º y 2º, por considerar que en la demanda no habían cargos concretos contra dichos apartes.

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

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.”

Incluso, en el evento de que el causante no alcance a cumplir los requisitos para la pensión de sobrevivientes, en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, se contempló una indemnización sustitutiva, así:

“ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”

Luego, como se ve, en los casos de muerte del afiliado, existe una diferencia entre las prestaciones que consagra el régimen prestacional especial que cobija originalmente a los conscriptos y el general, propio de la Ley 100 de 1993, frente a la cual, por vía jurisprudencial, se ha aclarado que por aplicación de los principios protector, *in dubio pro operario*, de favorabilidad, *pro homine* y de igualdad, en caso de la existencia de dudas sobre la disposición a aplicar, se

debe dar prevalencia a la norma que ofrece mejores condiciones al trabajador de manera integral, sin que por ello se habilite la utilización de la parcialidad de una norma y el restante de la otra para crear una tercera ley que conjugue los aspectos más favorables de ambas.

En efecto, mediante la sentencia de unificación emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de abril de 2018¹⁰, después de hacer un recuento de las normas de carácter prestacional, las disposiciones de rango constitucional que resultan aplicables a la materia, así como de los principios enunciados, se estableció que el régimen especial que cobija a los concriptos no puede ser utilizado en aquellos eventos en que establece una condición menos favorable que la contenida en el régimen general, en la medida en que los regímenes especiales se justifican cuando ofrecen una protección específica frente a personas que cumplen determinadas labores, sin que con ello pueda pretenderse desconocerseles los derechos que le asisten a los demás servidores conforme al régimen general.

Bajo tales consideraciones, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación aludida, determinó que en los casos de concriptos fallecidos “en simple actividad”, estos debían ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes establecida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en atención a que el régimen especial que los cobijaba no contemplaba una prestación de tal entidad para dichos eventos y, por tanto, se le debían extender las prerrogativas del régimen general, en virtud de que el artículo 288 de dicha ley consagra su aplicabilidad en tanto sea más favorable, conclusión a la que llegó después de verificar las prestaciones que para dicho efecto se podrían derivar de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, del Decreto 1211 de 1990, la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004. En palabras del Consejo de Estado:

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

132. Sin embargo, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, C.P. William Hernández Gómez, radicado: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)CE-SUJ2-010-18, actor: Pastora Ochoa Osorio.

(...)

“145. Así las cosas, la Sala estima que realizado el análisis de la situación de la persona que muere simplemente en actividad, durante la prestación del servicio militar, surge la aplicación de la regla de favorabilidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, con prelación a la del régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990.

146. Por ende, como el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

(...)

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

(...)

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

(...)

155. Habida cuenta de que la compensación por muerte no está prevista dentro de las prestaciones por muerte del régimen general, pues son propias de la normativa especial en comento, la interpretación que se ajusta a estos postulados es aquella según la cual deben efectuarse los respectivos descuentos, debidamente indexados, de lo que se hubiere pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, pues ambos reconocimientos resultan incompatibles toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cobijada con el reconocimiento pensional.”

No desconoce la Sala que el criterio jurisprudencial esbozado anteriormente originalmente tuvo aplicación respecto de un conscripto fallecido en simple actividad mientras permanecía en servicio, sin embargo, considera que los elementos de juicio esbozados resultan aplicables a asuntos como el presente, donde se establece que la muerte ocurrió después de terminado el servicio militar, ello en atención a que el artículo 46 de la ley 100 de 1993 no condiciona el

reconocimiento de la prestación a los eventos en que el afiliado tenga una relación laboral vigente, sino que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes siempre y cuando se hayan efectuado cotizaciones de *“cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”*, de lo que se deduce claramente que no es imperativo que se estén efectuando cotizaciones al momento de la muerte.

7.4 En el presente asunto, conforme a las pruebas, se tiene demostrado que Estiven Fernando Caicedo Peralta, quien conforme al registro civil aportado es hijo de la demandante Dora Libia Caicedo Peralta, prestó servicio militar obligatorio en la calidad de soldado campesino entre el 21 de agosto de 2014 y el 9 de enero de 2016, esto es, por el lapso de 506 días, esto es, 72,3 semanas.

Del mismo modo, se encuentra acreditado que Estiven Fernando falleció el 29 de febrero de 2016, razón por la cual la actora, elevó petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes el 10 de marzo de 2017, en respuesta de lo cual el Ejército Nacional emitió respuesta negativa mediante oficio del 20 de junio de ese año.

Con relación a dicho reconocimiento, en virtud del criterio jurisprudencial expuesto en precedencia, ante la inexistencia de norma que consagre el reconocimiento de prestación alguna por la muerte de una persona que ya culminó el servicio militar obligatorio, se comprende que el régimen aplicable al presente asunto es el de la Ley 100 de 1993, dada la favorabilidad que este consagra en su artículo 288, según se explicó.

Así, por tanto, se debe dar aplicación al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que, para el momento del deceso aludido, ya incorporaba la modificación que introdujo el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, conforme a la cual se contempla una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de la persona que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

De igual manera, teniendo en cuenta que quien reclama el derecho a pensión es la progenitora del causante, ha de apreciarse que el artículo 47, literal “e” dispone que *“a falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste”*.

Frente a tales requisitos, aparece demostrado, en primer término, que el causante permaneció vinculado al Ejército Nacional durante 72,3 semanas, entre el 21 de agosto de 2014 y el 9 de enero de 2016, tiempo durante el que permaneció afiliado al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, con el cual supera el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los tres años anteriores al fallecimiento, que ocurrió el 29 de febrero de 2016, si se tiene en cuenta que

conforme al artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el tiempo de prestación del servicio militar es computado para efectos pensionales.

Por otro lado, en lo que toca con la calidad de quien reclama, se encuentra demostrado que la actora acreditó ser la madre del causante con el respectivo registro civil y, en particular, frente a la dependencia, se aprecia que al proceso fue aportada la declaración extraproceso rendida por Imer Orlando Angulo Mosquera, Primitiva Mosquera y Vicky Alejandra Luna Pérez, la cual se puede apreciar conforme lo dispone el artículo 222 del CGP¹¹, al que se acude por la remisión expresa contenida en el artículo 211 del CPACA, debido a que la entidad accionada no solicitó su ratificación, no la cuestionó, ni tampoco aportó pruebas que desvirtuaran lo allí afirmado.

En dicha declaración, las personas aludidas refirieron que eran amigos de la demandante desde hace más de 40 años, que conocían que era la madre de Estiven Fernando, quien dijeron obtenía su sustento de las labores de agricultura y el campo, y que sabían que ella dependía económicamente de él, a lo que adicionaron que este no tenía cónyuge, compañera permanente ni hijos.

A partir de tales versiones, cuya ciencia del dicho aparece justificada en la amistad que los declarantes afirmaron tener con la demandante, también se encuentra superado el requisito de la dependencia económica de la actora frente al causante, máxime, si se valora que conforme al citado fallo de unificación del Consejo de Estado no es necesario demostrar la dependencia absoluta del beneficiario, lo que fue explicado así:

“231. En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”

Luego, bajo el anterior contexto, se encuentra configurado el derecho que le asiste a la actora respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo Estiven Fernando Caicedo Peralta en los términos citados, cuya cuantía debe determinarse conforme lo dispone el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que regula la liquidación de la prestación, para lo cual, en todo caso, habrá de tenerse en cuenta el contenido del artículo 18 de la misma norma, que

¹¹ “ARTÍCULO 222. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite (...)”

señala que no habrán pensiones inferiores al mínimo vital, lo que fue explicado en la pluricitada sentencia de unificación así:

“236. Conviene precisar que la Ley 48 de 1993 en el artículo 39 literal a.) concedió a los conscriptos el derecho a devengar una bonificación mensual, sin embargo, el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 dispuso que frente a tal valor no se realizarían cotizaciones. Por lo anterior, y para efectos de liquidar la mesada pensional decretada, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, determina que en ningún caso el ingreso base de cotización puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

7.5 Por otro lado, en lo que toca con la prescripción, se advierte que esta debe ser trienal, en virtud de la aplicación integral e inescindibilidad del régimen general, respecto de lo cual se advierte que no se alcanzó a configurar la pérdida del derecho frente a algún período reclamado, en tanto que la muerte del ex conscripto se produjo el 29 de febrero de 2016, la reclamación se presentó el 10 de marzo de 2017 y la demanda se adujo el 28 de septiembre de este año, sin que entre cada suceso pasaran más de tres años.

Adicionalmente, ha de indicarse que en el presente caso tampoco resulta procedente la realización de descuento alguno, en tanto que la entidad no reconoció ninguna prestación por la muerte del ex uniformado.

7.6 Así las cosas, al tenerse que en el presente asunto aparece acreditado que, en virtud de la aplicación favorable de la Ley 100 de 1993 y la posición unificada que al respecto a emitido el Consejo de Estado, a la demandante le asiste el derecho al pago de una pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, el conscripto retirado Estiven Fernando Caicedo Peralta, habrá de revocarse el fallo de primera instancia que negó las pretensiones para, en su lugar declarar la nulidad del acto demandado y ordenar el reconocimiento de la prestación, sin que deba declararse prescrita alguna mesada.

7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA, dispone:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, señala:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...)”

Dado que se cumple la previsión del numeral transcrito, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada, por ser la vencida, las cuales ascenderán a la suma de 1 SMLMV, de conformidad con lo señalado en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, en cuya vigencia se inició el presente proceso.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán el 28 de febrero de 2019 y, en su lugar disponer:

PRIMERO: Declarar la nulidad del oficio del 20 de junio de 2017, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a del ex conscripto ESTIVEN FERNANDO CAICEDO PERALTA a su madre, DORA LIBIA CAICEDO PERALTA.

SEGUNDO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL reconocer y pagar a DORA LIBIA CAICEDO PERALTA, en los términos previstos en el artículo 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, una pensión de sobrevivientes, a partir del 1 de marzo de 2016.

TERCERO: Las sumas que se liquiden a favor de la demandante, serán actualizadas, conforme al artículo 187 del CPACA aplicando la siguiente fórmula jurisprudencial:

$$R = Rh \times \frac{\text{I.P.C. (final)}}{\text{I.P.C. (inicial)}}$$

Donde R (renta) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh) o lo dejado de percibir mes a mes, por la suma que resulte de dividir el IPC (final) certificado por el DANE a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, por el IPC vigente a la fecha en que debió efectuarse cada pago.

CUARTO: Declarar que no operó la prescripción de las mesadas.

QUINTO: Condenar en costas a la parte accionada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del fallo.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

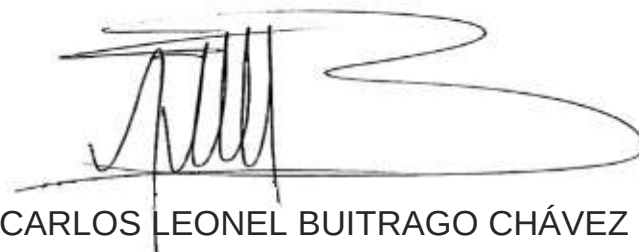
Los magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ

Firmado Por:

**CARLOS LEONEL BUITRAGO CHAVEZ
MAGISTRADO**

**TRIBUNAL 001 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE POPAYAN-
CAUCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

bed5b29ca740b284497bf728e6d2a97459201c8f17d6d9eb9a527f5037bf655b

Documento generado en 21/07/2021 03:57:02 PM

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