



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Pensión de Sobrevivientes – Principio de Favorabilidad – Ley 100 de 1993.

Demandantes: OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

Radicación: 850013333-002-2015-00289-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA a través de apoderado judicial demandan al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, solicitando a esta jurisdicción que mediante el trámite contencioso administrativo se acceda a sus pedimentos que se contraen finalmente a la concesión de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su hijo el Suboficial del Ejército Nacional el señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ.

PRETENSIONES:

Plantea textualmente las siguientes:

"Que se declare la NULIDAD del oficio N° OFI 13-26867 MDNSGDAGPSAP con fecha 10 de Julio de 2013, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional - Grupo de Prestaciones Sociales - en el cual se **NIEGA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE** a mis Poderdantes, **OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ** y **MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA**, padres del Subteniente del Ejército Nacional (fallecido), **MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ**, en virtud de aplicación del **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, y demás principio Constitucionales en concordancia con presupuestos normativos de la ley 100 de 1993.**

2. Que como consecuencia de la anterior declaración a modo de restablecimiento del Derecho se Condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL a Reconocer liquidar y pagar la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, a mis poderdantes, **OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ** y **MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA**, a partir del día **26 de Febrero de 1998** momento en que se produjo el fallecimiento del causante, sin perjuicio de la prescripción que le es más favorable, teniéndose como fundamento el monto de la pensión que disponga el Juzgado, teniendo como fundamento el salario básico que devenga en la actualidad un oficial en el grado Subteniente del Ejército Nacional.

3. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos establecidos en el C.C.A. Art. 176, 177 y 178.

4. Que se condene al pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas y demás que se demuestren en el desarrollo del proceso, al no darse cumplimiento en los términos establecidos por el Juzgado.

5. Que se condene en Costas a la Parte demandada."

ANTECEDENTES:

Relata la demanda que el señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (q. e. p. d.), era miembro del Ejército Nacional y ostentaba el grado de Subteniente, prestó sus servicios hasta el día de su muerte el 26 de febrero de 1998 (en un accidente de tránsito en el sector urbano del Municipio de Yopal), siendo calificada su muerte en el informe administrativo como "Simplemente en Actividad".

Señala que el mencionado suboficial, al momento de su muerte era soltero y no tenía hijos y que ayudaba económicamente a sus progenitores OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA.

Que el mencionado causante había prestado su servicio al Ejército Nacional por un lapso de 4 años 9 meses y 3 días, sin que a la fecha de su muerte se hubiera concedido la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios.

Afirma que posteriormente los padres del militar fallecido, impetraron derecho de petición con fecha de radicado 31 de mayo de 2013, ante el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aduciendo la aplicación de la Ley 100 de 1993, en virtud de criterios de justicia, equidad y bajo el amparo del principio de favorabilidad en materia laboral.

El Ministerio de Defensa Nacional mediante Oficio N° OFI 13-26867 MDNSGDAGPSAP del 10 de Julio de 2013, niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora hace mención que dentro del acto administrativo acusado se le está aplicando a sus defendidos el Decreto 1211 de 1990, regulación normativa especial para los militares, que resulta a su juicio, gravoso, desfavorable y violatorio de disposiciones de rango constitucional y de la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado y Corte Constitucional, que han venido reconociendo la pensión de sobrevivientes con base en el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, acorde con los principios de igualdad y favorabilidad.

Conforme a lo anterior, señala que en el caso en concreto se debe proteger y garantizar dicho derecho a los demandantes, teniendo en cuenta que dependían económicamente del causante, aunado al hecho de haber efectuado importantes esfuerzos económicos para costear su carrera de oficial; igualmente resaltan que el fallecido se encontraba al momento de su muerte, afiliado a un régimen pensional del sector público, como consecuencia de la relación laboral que ostentaba con el Ejército Nacional, tiempo que computado en los términos del Sistema General de Pensiones, equivalen a 247.57 semanas, lo que permite deducir por principio de favorabilidad e igualdad, la procedencia de aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de

1993, que exige la acreditación de un mínimo de 26 semanas el último año al momento del deceso, para la concesión de la pensión de sobrevivientes.

ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda que dio origen al proceso contencioso fue presentada por el apoderado de la parte actora ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal, el 25 de mayo de 2015, como consta en el desprendible de la empresa de correo certificado adjuntado en la caratula que antecede al folio 1 del cuaderno principal.

- Sometida a reparto el 29 de mayo de 2015, correspondió por sorteo a este Juzgado y entregada en la secretaría el 1º de Junio del mismo año, para luego ser ingresada al Despacho el día 18 de Junio de 2015 (fls. 29 y 30 c.1).

- Este Despacho a través de auto del 26 de junio de 2015 (fls. 31 y 32 c.1.), al considerar que se reunían los requisitos mínimos exigido en los artículos 161 y ss., de la ley 1437 de 2011, **ADMITIÓ** la demanda y ordenó proceder conforme al articulado previsto en el estatuto procesal administrativo.

- Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, constituyó apoderada, contestó el libelo, manifestándose respecto a los hechos, las pretensiones y proponiendo excepciones, de las cuales, el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 61 c.1), sin que la parte demandante se hubiere pronunciado, quedando trabada la Litis.

Contestación del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército

Nacional: (fls. 53 a 60 c.1).

A través de apoderada judicial dicha entidad concurre a esta etapa procesal, señalando como argumentación principal de su defensa, lo siguiente:

"Es preciso señalar que la normativa aplicable a las Fuerzas Militares en ningún momento es violatoria del derecho a la igualdad, pues si bien es cierto que el Estado Colombiano tiene un régimen general de pensiones, también lo es, que la misma Constitución Política en su artículo 217 inciso 3, establece un régimen especial para las Fuerzas Armadas, el cual es más ventajoso que el general.

(...)

La norma aplicable al presente caso es la contenida en el Decreto 1211 de 1990, que establece las prestaciones sociales a que se harán acreedores los beneficiarios del oficial o suboficial que muera en actividad, así:

"ARTÍCULO 191. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente Estatuto. b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante. c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante."

Se observa que mediante la Resolución 5465 de 22 de septiembre de 1998 se reconoció y pago a los padres del señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (Q.E.P.D.) las prestaciones sociales, CESANTÍA DEFINITIVA y compensación por muerte para un total de VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS M.CTE. (\$20.445.145,00).

*De manera que se dio cumplimiento a la normativa descrita pues tenía derecho a las prestaciones antes relacionadas. Sin embargo, en lo que atañe al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes se tiene que el suboficial laboró para el Ejército Nacional **4 años, 9 meses y 3 días**, razón por la cual no cumple con el presupuesto para reconocerle pensión, este es, cumplir quince (15) o más años de servicio.*

Así las cosas se desprende que el acto administrativo cuestionado está cobijado por la presunción de legalidad que le es inherente, por tanto goza de plena fuerza ejecutoria y obligatoriedad.

Y dada la especialidad del Decreto 1211 de 1990 (sic) no es posible realizar una interpretación extensiva para que los demandantes puedan tener lugar a la prestación económica pretendida.

En el evento de que el Despacho decida no acoger los planteamientos, mediante los cuales se solicita tener como nugatorios los argumentos se (sic) la demanda, solicito comedidamente se sirva aplicar los pagos recibidos como compensación por muerte como parte de la indemnización que hubiere lugar a

imponer, toca vez (sic) que no tenerlos en cuenta, implicaría un doble pago, lo cual atenta contra los intereses del Estado Colombiano.

(...)

A pesar de que considero que el acto administrativo proferido por la entidad a la cual represento no adolece de vicio alguno capaz de anularlo, en caso de que su señoría decida acceder a la pretensión de nulidad del acto impugnado, solicitó que a título de restablecimiento del derecho ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal.”

- . Auto fechado 17 de junio de 2016 (fls. 63 y 64 c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, reconociendo personería para actuar a su respectiva apoderada; en igual forma, se convocó a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.

- . El día 28 de septiembre de 2016 (fls. 174 a 178 c.1.), se realizó ***Audiencia Inicial*** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, procedencia de la conciliación, luego, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de pruebas; posteriormente, se adoptó la decisión de prescindir de la Audiencia de Pruebas establecida en el artículo 181 del CPACA e igualmente acorde con la prerrogativa estatuida en el inciso final de la aludida norma, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls. 189 – 191 c.1).

A través de su apoderado judicial se hace presente en esta oportunidad procesal, reiterando lo esbozado en el libelo demandatorio y manifestando que en el caso en concreto, la situación se consolidó en vigencia del Decreto 1211 de 1990, como se evidencia en la contestación de la demanda, pero para efectos de las pretensiones se pide darse aplicación a la ley 100 de 1993, toda vez

que el hecho de la muerte ocurrió en vigencia de esta, en desarrollo de postulados fundamentales que la jurisprudencia ha desarrollado en materia de seguridad social en pensiones, artículo 48, 53 de la C.N. y de acuerdo al artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; en este sentido, aduce que el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley laboral opera cuando se está ante dos normas jurídicas aplicables a un mismo supuesto fáctico o cuando es susceptible de dos interpretaciones.

Advierte que en este tipo de eventos, el juez tiene el deber ineludible de optar por la norma o por interpretación que favorezca al trabajador como reiteradamente lo ha precisado la jurisprudencia constitucional; en consecuencia de lo anterior, solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado y como restablecimiento del derecho se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a sus legítimos beneficiarios, en este caso los padres del fallecido militar.

De la parte demandada: (fls. 202 – 204 c.1).

Dentro del término legal y a través de apoderada judicial, dicha entidad estatal concurre a esta etapa, ratificándose en su totalidad de la argumentación esgrimida en la contestación de la demanda, manifestando que el acto demandado, se encuentra cobijado por el principio de legalidad, teniendo en cuenta que se aplicó el régimen especial estatuido para los militares (Decreto 1211 de 1990); aunado a lo anterior, resalta que la parte actora, no probó la dependencia económica de los actores con el causante, ni su condición de vulnerabilidad e imposibilidad de acceder al mínimo vital, ya que las pruebas aportadas con la demanda no acreditan que los señores Ofelia Aragonez y Miguel Rodríguez no tuvieran más hijos que pudieran proveerlos, se desconoce si laboran, y tampoco hay prueba que su subsistencia estaba exclusivamente a cargo del occiso.

Acorde con lo anterior, solicita no acceder al petitorio o en su defecto ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero con

aplicación de la prescripción cuatrienal consagrada en el régimen especial de las Fuerzas Militares.

Concepto del señor Agente del Ministerio Público: (fls. 202 – 204 c.1).

El señor Procurador 182 Judicial I Administrativo adscrito a este Despacho como Agente del Ministerio Público, allega su respectivo concepto, efectuando un resumen de la demanda y de la posición de la entidad demandada, llegando a las siguientes conclusiones:

"(...) debemos partir del análisis de la legalidad del acto administrativo que tuvo como soporte jurídico el decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 191 literal c), regula los requisitos que deben acreditarse para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, señalando que se requiere de un término mínimo de quince años de servicio para que resulte aplicable tal prerrogativa.

En este orden de ideas existe norma especial y expresa que regula el término necesario para que la persona pueda ser acreedora del beneficio de la prestación denominada pensión de sobreviviente, para el caso del personal militar de las fuerzas armadas.

Sin embargo se debe hacer referencia a que ha sido reconocida, por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, la precariedad de la normatividad que regula las prestaciones sociales para el personal de las fuerzas militares.

(...)

De esa forma podemos observar como la jurisdicción se ha pronunciado sobre la reglamentación vigente en materia de prestaciones sociales para las fuerzas armadas, determinando que algunas de las normas previstas deben ser inaplicadas por el juzgador por resultar contrarias al ordenamiento superior.

El personal al servicio del ejército o, en general, de las fuerzas militares en nuestro país, se encuentra cobijado dentro de las previsiones establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política, ya que esta norma establece los principios mínimos fundamentales que deben ser previstos por la legislación en materia laboral.

(...)

Dentro de las prerrogativas establecidas en favor de los trabajadores, se encuentra el derecho a la igualdad de oportunidades, así como el principio de favorabilidad de la ley, no solo en la interpretación de la norma sino también en la aplicación de la misma, es decir que, en materia laboral, debe preferirse la aplicación de los postulados que resulten más garantistas para el empleado.

(...)

(...)

El anterior pronunciamiento sirvió de soporte para que el Consejo de Estado a su vez reconociera que, en materia pensional no pueden existir regímenes más restrictivos para algunos sectores específicos, ya que los postulados generales contenidos en la Ley 100 de 1993 determinan un mínimo de garantías que no puede ser desconocido por normas especiales.

(...)

Aunado a lo anterior debe resaltarse la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran (sic) los demandantes, quienes son personas de la tercera edad y, por lo tanto, hacen parte de un grupo poblacional que requiere la adopción de medidas afirmativas por parte del Estado orientadas a su protección. En tal sentido, las consecuencias jurídicas del proceso deben ser sopesadas en razón a las características que presenta la parte accionante.

(...)

De manera respetuosa señor Juez, dentro del presente caso, solicitó de manera respetuosa se otorgue prevalencia a los postulados constitucionales derivados del derecho fundamental a la igualdad y a los principios mínimos fundamentales en materia laboral y, en consecuencia, se inaplique el literal c) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, lo que conlleva a la nulidad del acto administrativo enjuiciado en este proceso. Como corolario de tal declaración se reconozca el derecho a la pensión de sobrevivientes de los integrantes de la parte demandante, por cumplir los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada a su vez por la Ley 797 de 2003."

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de la noble labor de administrar justicia.

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 *ibídem*), teniendo en cuenta que las excepciones previas propuestas fueron debidamente resueltas y las decisiones allí adoptadas se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme; respecto de las excepciones denominadas de fondo o merito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema Jurídico planteado:

Determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la comunicación OFI 13-26867 MDNSGDAGPSAP del 10 de Julio de 2013, emitido por la Coordinadora del Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual niegan el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los ciudadanos MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA y OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ respecto del causante MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, se encuentra viciado de nulidad y por ende es procedente su restablecimiento a los demandantes que presuntamente se encuentran afectados; o si por el contrario el aludido acto enjuiciado está acorde con la normatividad que regula dicha materia.

Probanzas arrimadas al plenario que constituyen la verdad procesal:

- Al revisar las pruebas allegadas al expediente, se constata que los señores MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA y OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ a través de apoderado judicial, solicitaron mediante derecho de petición radicado el 26 de Junio de 2013, reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su hijo SUBOFICIAL – MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ ante la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 10 a 12 c.1.).

- Mediante oficio No. OFI13-26867 MDNSGDAGPSAP del 10 de Julio de 2013, el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, le contesta la petición anterior, manifestándole que no es posible acceder a su solicitud por motivos y razones allí expuestos (fls. 9 y vto. c.1.).

- Copia de la Hoja de Servicios No. 149 de fecha 27 de Mayo de 1998, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, correspondiente al ST. MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ,

donde consta que el tiempo de servicios prestados con la institución, equivalente a 4 años, 9 meses y 3 días (fls. 15 y vto. c.1.).

- Copia del Informe Administrativo por Muerte, sin número, del 26 de Febrero de 1998, suscrito por el Comandante del Batallón de A.S.P.C. No. 16 del Ejército Nacional, que da cuenta de la muerte del suboficial MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ ocurrida aproximadamente a las 20:40 horas del día 26 de Febrero de 1998, calificada "MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD" (fl. 19 c.1.).
- Copia del registro de defunción y nacimiento del señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (fls. 20 y 22 c.1. respectivamente).
- Copia de una certificación salarial de fecha 9 de Marzo de 1998 (fl. 21 c.1.), expedida por el Tesorero del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No 16 del Ejército Nacional, correspondiente al Subteniente MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, para el mes de Febrero de 1998 (fl. 21 c.1.).
- Copia de la libreta militar y cédula de ciudadanía del señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (fls. 23 y 24 c.1. respectivamente).
- Copia de la Resolución No. 005465 del 22 de Septiembre de 1998, expedida por la DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJÉRCITO NACIONAL, que reconoce y ordena el pago de las prestaciones sociales del extinto suboficial MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ a favor de sus padres (fls. 25 y 26 c.1.).
- Copia de la partida de matrimonio de los señores MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA y OFELIA ARAGONEZ (fl. 27 c.1.).
- Copia de los antecedentes administrativos del acto enjuiciado, allegados por la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (fls. 68 a 86 y 91 a 173 c.1.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si los demandantes tienen derecho a que la demandada le reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes que reclaman.

Aplicación de normatividad y jurisprudencia en el caso concreto

En primer lugar ha de precisarse el Despacho que las pretensiones de la parte demandante están encaminadas a cuestionar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° OFI13-26867 MDNSGDAGPSAP del 10 de Julio de 2013, emitido por la COORDINADORA GRUPO PRESTACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por medio del cual niegan el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los demandantes MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA y OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ.

Así las cosas, resulta pertinente remitirnos a las normas aplicables para el caso en particular, para poder determinar cuál es el régimen aplicable al causante y por ende a sus beneficiarios.

La parte actora, aduce que la normatividad aplicable por el principio de favorabilidad es la Ley 100 de 1993, que señala:

"CAPITULO IV PENSION DE SOBREVIVIENTES

ARTICULO 46. *Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; (Subraya fuera de texto)

b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

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

ARTICULO 47. *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

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

c) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste; (Subraya fuera de texto)

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

ARTICULO 48. Monto de la Pensión de Sobrevivientes. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100 % de la pensión que aquél disfrutaba. El monto 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. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley. (Subraya fuera de texto)

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto".

A su turno, la Ley 797 del 29 de Enero de 2003, en su Artículo 12 reformó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, en lo concerniente a los requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes, señalando:

"Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

NOTA: Los literales a) y b) fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 de 2009.

Parágrafo 1°. 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 2°. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad."

Por su parte la entidad demandada, aduce que la normatividad especial que regula la prestación pretendida por los actores, se encuentra contemplada en el Decreto 1211 de 1990.

En este capítulo es de mencionar que el legislador previó *la pensión de sobreviviente* como una prestación para intentar sobrellevar la situación de quienes eran dependientes de quien devengaba un sueldo de una entidad del Estado y naturalmente debía proveer su propio sostenimiento y de su familia, recurriendo para ello a la normatividad que establece el orden de beneficiarios de la misma.

La Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, precisó que:

"La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar "que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección" y, por tanto, "busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento."

Ahora bien, el aludido régimen contemplado en el Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", señala en la parte pertinente, lo siguiente:

"ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

(...)

ARTÍCULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

- a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.
- b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.
- c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:
 - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.
 - El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.
- d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así: (Subraya fuera de texto)
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

(...)

ARTÍCULO 191. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: (Subraya del Despacho)

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente estatuto. (Subraya del Despacho)

b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante. (Subraya del Despacho)

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. (Subraya y Negrilla del Despacho).

ARTÍCULO 192. INFORME ADMINISTRATIVO: *En los casos de muerte previstos en los artículos 189, 190 y 191 de esta Estatuto, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se sucedieron los hechos serán calificadas por el Comandante de Unidad Táctica, operativa o su equivalente, según sea el caso.*

El Ministerio de Defensa queda facultado para modificar las circunstancias en que ocurrieron los hechos”.

Ahora bien, al efectuar una lectura de los dos regímenes pensionales, se advierte que en principio la situación fáctica del Oficial del Ejército Nacional MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, se encuadra en lo contemplado en el literal c) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, al ser la regulación especial aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, por lo cual se podría afirmar que la decisión adoptada por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del

Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, se encuentra ajustada a la normatividad que regula dicha situación, al no cumplirse con el requisito de los 15 años o más de servicio, pues dentro del expediente quedó demostrado que el militar fallecido prestó sus servicios a la entidad castrense por lapso de cuatro (4) años, nueve (9) meses y tres (3) días.

Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, con base en derechos fundamentales constitucionales, se debe efectuar una valoración integral de lo contemplado en la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la condición de afiliado del orgánico del Ejército, como quiera que al momento de su muerte (26 de febrero de 1998 – fl. 20) ya se encontraba en vigencia la norma referida (1º Abril de 1994).

En este sentido y cotejados los requisitos y beneficios de los dos regímenes aludidos, se observa que existe una diferencia ostensible e injustificable para acceder a la prestación, pues mientras en el **Decreto 1211 de 1990**, contempla que los beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual en la misma forma de la asignación de retiro, pero solo si el agente hubiere cumplido 15 o más años de servicio, en su defecto, la **Ley 100 de 1993** resulta ser más beneficiosa al requerir tan solo 26 semanas de cotización (disposición que se encontraba vigente a la fecha de la muerte del militar, sin que se aplicable la reforma de la Ley 797 de 2003, al ser una norma expedida con posterioridad), previo al fallecimiento. No existe explicación doctrinal o jurisprudencial que pueda discernir el porqué de dicha diferencia tan marcada.

Como lo ha señalado la jurisprudencia del máximo organismo de lo contencioso administrativo del país en casos similares al que se juzga en este proceso, basada en principios de raigambre constitucional, las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan el caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa

conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

Por otra parte, el artículo 279 de la ley 100 de 1993 reza:

"Artículo 279.- Excepciones.

El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...)"

No obstante lo anterior, el Honorable Consejo de Estado, al pronunciarse en un caso de características similares, mediante providencia de 16 de abril de 2009, Magistrado Ponente doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06) Actor: Nidia González Castillo. Demandada: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, consideró que:

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

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

En casos con contornos similares 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 se supone debe optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí puede acceder la generalidad de los ciudadanos¹.

(...)

En conclusión, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01245-01(5184-03), Actor: Nohora Carmenza Ferro Sánchez.

armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios².

(...)

En este caso se acreditó que el causante laboró durante 3 años al servicio de la policía nacional, que corresponden a un total de 154 semanas³, por lo cual la cuantía de la prestación debe liquidarse en el 45% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con los mandatos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993⁴.

Respecto al reconocimiento del beneficio pensional en referencia es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el cual se encuentra regulado en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, que dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. Esta norma, en su artículo 102, previó lo siguiente:

"1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Con base en lo anterior, en el presente caso, la prescripción trienal comienza a contarse desde el momento en que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, por ende, tiene derecho a percibir las mesadas pensionales causadas a partir 17 de octubre de 2000, toda vez que la solicitud del reconocimiento pensional se elevó ante la entidad accionada el 17 de octubre de 2003.

Se aclara que como en la presente Litis se dio prevalencia a la Ley 100 de 1993, por ser más favorable para la demandante, no es posible aplicar la prescripción cuatrienal consagrada en el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, que como se indicó era la norma que regulaba el régimen salarial del señor JHORMAN GONZALÍAZ, porque al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho para tomar sus aspectos más favorables, dando origen a un nuevo mandato.

Por ello, si en este caso se contara la prescripción 4 años hacia atrás, a partir del momento en que se efectuó la reclamación, se vulneraría el principio de inescindibilidad pues se estaría reconociendo la pensión de sobrevivientes conforme a las disposiciones generales pero a uno de sus aspectos se le aplicaría una norma especial, a saber, el Decreto 1091 de 1995, lo cual, se insiste, no es de recibo"

² Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³ Las semanas laboradas corresponden al total de 3 años laborados multiplicados por 360 días del año y divididos por 7 días de la semana.

⁴ "ARTÍCULO 35. PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente (...).".

Con base en la comparación de la normatividad citada estableciendo el desfase tan descomunal entre una y otra, apoyado en la jurisprudencia del máximo organismo de lo contencioso administrativo cuya línea se ha mantenido hasta la actualidad, este operador judicial no puede apartarse de principios y derechos constitucionales como la igualdad, pues se observa que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes, ya que tanto sólo requiere haber cotizado 26 semanas al momento de la muerte del afiliado, en contraste a los 15 años de servicios que se exigen en el régimen especial aplicable a los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, tiempo diametralmente mayor, lo que no es lógico ni equitativo desde ningún punto de vista.

Conclusión al caso concreto:

Delimitada la aplicación del régimen pensional, este Operador Judicial, entra a examinar el caso en concreto del fallecido Suboficial ST MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, con el fin de determinar si los señores OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA (en su calidad de padres), reúnen los requisitos de Ley, para que les sea concedida la aludida pensión de sobrevivientes.

De conformidad con el artículo 46 de la ley 100 de 1993 (sin la modificación efectuada por la Ley 797 de 2003, al no ser aplicable al caso en concreto por haber sido expedida con posterioridad a la muerte del afiliado), tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, al tenor del numeral 2º, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a) **Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte.**
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año

inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Conforme a la documentación allegada al expediente, el suboficial MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, laboró al servicio del EJÉRCITO NACIONAL por un lapso de cuatro años (4) años, nueve (9) meses y tres (3) días (fl. 15 c.1), es decir, el equivalente a 228,3 semanas. Significa el anterior registro, que el causante cumplió en exceso las exigencias previstas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993; no solo cotizó más de 26 semanas, sino que también lo hizo por más de las 26 semanas durante el último año de servicios.

Igualmente, se acreditó que el fallecido militar al momento de su muerte tenía 24 años de edad, de estado civil soltero, sin hijos y al parecer aún residía con sus señores padres, ya que según se evidencia en su expediente administrativo, la dirección allí reportada coincide con la enunciada por sus progenitores; bajo este entendido, y dado el escaso material probatorio del expediente sobre este punto en particular, se infieren las condiciones afectivas y lazos de solidaridad entre los demandantes y su hijo, del cual se derivaría su dependencia económica al presuntamente habitar un mismo techo.

Aunado a lo anterior, se resalta que auscultado los documentos aportados al expediente se extrae que actualmente los señores OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad, al pertenecer al grupo de las personas de la tercera edad al tener 64 y 89 años respectivamente (ver fls. 98, 121 a 124, 130 c.1), situación que por obvias razones los imposibilitan para ejercer determinado empleo y obtener los respectivos ingresos para suplir sus necesidades básicas.

Al respecto la Corte Constitucional⁵, ha sostenido:

"(...)

⁵ Sentencia T-732/12; M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.2.4. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y el alcance del requisito de la dependencia económica.

El derecho a la seguridad social está contemplado en los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución Política de Colombia, como un derecho irrenunciable de toda persona y como un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad.

Al respecto, la Corte en Sentencia T-049 de 2002⁶, indicó que la categoría constitucional de la seguridad social implica que tal derecho está constituido a su vez por varias expresiones entre las que se **encuentra el derecho a pensión en sus diferentes modalidades, las cuales incluyen la pensión de sobrevivientes. (Negrilla fuera de texto).**

A pesar de que la Ley 100 de 1993 no contempla una definición sobre la pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado este concepto. Al respecto, la Sentencia C-1094 de 2003⁷ declaró:

"La Constitución Política consagra una serie de mandatos referentes a la naturaleza, cobertura y efectos de la seguridad social. En el artículo 48 la define como un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Dispone igualmente la Carta que la seguridad social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes (art. 48).

Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo **contra las contingencias derivadas de la vejez**, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La **finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia** como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte **que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia⁴, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido⁵**. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercana y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Para esa Corporación, "no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición".

Según lo dispuesto por las normas vigentes, la pensión de sobrevivientes se reconoce tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad; para tal efecto, se deben cumplir las exigencias fijadas por el legislador, dentro del ámbito de configuración que le corresponde".

⁶ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Sentencia C-1049 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño.

La Corte confirmó esta posición en la Sentencia C-336-08⁸ que señaló:

*"En cuanto se refiere a la pensión de sobrevivientes, ésta constituye una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución, prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. En esa medida la sustitución personal responde a la necesidad de **mantener a sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado**".*

Es indudable la importancia y la finalidad de la pensión de sobrevivientes, pues la misma busca suplir la ausencia del apoyo económico del pensionado o afiliado al momento de su deceso, evitando que su muerte se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

Así, lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en varios pronunciamientos. En la sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se estableció:

"Cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, debe ser reiterada (sic) del ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho".

De igual manera, se ha indicado que a pesar de ser una prestación de naturaleza económica puede ser protegida a través de la acción de tutela, en la medida que busca lograr en favor de las personas que se encuentran involuntariamente en circunstancias de debilidad manifiesta- originada en diferentes razones de tipo económico, físico o mental y que requieren de un tratamiento diferencial positivo o protector -, un trato digno y justo, por parte de la entidad que debe reconocer y pagar la pensión⁹

*Por su parte, la Ley 100 de 1993 en sus artículos 46, 47 y 48 establece quienes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y reconoce como beneficiarios al cónyuge o compañero permanente supérstite y a los hijos menores, estudiantes e impedidos del asegurado fallecido, mientras permanezcan estudiando o en estado de invalidez respectivamente y, a falta de todos ellos, se contempla a los padres del causante, quienes para acceder al derecho pensional deben reunir 2 requisitos a saber, **i)** que no exista un beneficiario con mejor derecho y, **ii)** que demuestre dependencia económica con el causante.*

Específicamente, el literal d) del artículo 47 de la mencionada normativa señala que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante. Inicialmente, este artículo prescribía que para que los padres del pensionado o afiliado tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes debía acreditarse, entre otras cosas, que éstos dependieran en forma total y absoluta de éste último.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006¹⁰, declaró la inexequibilidad de la expresión de forma total y absoluta pues exigir esto significaba en términos prácticos que el solicitante debía encontrarse en situación de indigencia para que fuera procedente el

⁸ Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Sentencia T-072 del 7 de febrero de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

reconocimiento del derecho pensional, lo que desconocía de manera flagrante el principio de proporcionalidad al sacrificar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana por alcanzar una cierta austeridad del sistema de seguridad social en pensiones.

A partir de la citada sentencia de constitucionalidad, la dependencia económica que deben acreditar los padres para obtener la pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de sus hijos puede ser parcial o total.

Esta Corporación ha señalado que dicha dependencia se refiere a la necesidad que tiene una persona del auxilio y protección de otra¹¹, lo que supone que el beneficiario tiene que encontrarse subordinado o supeditado de manera cabal al ingreso que le brindaba el causante para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia.

De esta forma, la independencia económica hace alusión a tener la autonomía necesaria para sufragar los costos de vida, sea a través de la capacidad laboral o de un patrimonio propio¹² o a la posibilidad de que dispone un individuo para generarse un ingreso económico o disponer de una fuente de recursos que le permitan asumir las necesidades básicas, y garantizarse una vida en condiciones dignas y justas¹³.

En este sentido, para probar la dependencia económica no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos al punto de llegar a la desprotección, abandono, miseria o indigencia, sino que basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna.

(...)

En el caso objeto de estudio, encuentra la Sala, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, la accionante es una persona de la tercera edad quien cuenta con 92 años, y pretende que por esta vía judicial se ordene al ISS para que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de julio de 2004, derivada del fallecimiento de su hijo Ismael Enrique Uribe Arango, con quien convivía y dependía económicamente.

Aunado a ello, tenemos que la accionante vivía y dependía económicamente del causante, hecho que no fue desvirtuado por el ISS. También se encuentra probado, que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo fallecido el 23 de febrero de 1990, como consta en el certificado de defunción que se anexa al proceso, cuyo valor es de \$566.700.00, es decir el salario mínimo, según la constancia de pago del ISS realizada a través del BBVA de fecha del 6 de julio de 2012.

De la prueba aportada se evidencia, que la pensión de sobreviviente que recibe la señora Lucila Arango, no es lo suficientemente sólida para obtener unos recursos que le prodiguen una digna subsistencia. Lo anterior se deduce también del apoyo que el señor Ismael Enrique Uribe Arango brindaba a su progenitora antes de su fallecimiento.

Se advierte que mediante la Resolución 023081 del 31 de agosto de 2011, expedida por el ISS, le fue negada la pensión de sobreviviente bajo el entendido, de que la señora Lucila Arango es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo lo que supuestamente le asegura cierto bienestar en el logro de sus necesidades inmediatas. Asegura además, que para este caso no ha probado la dependencia económica con el hijo fallecido lo que evidencia un grado de estabilidad, y que desde entonces, es decir, 7 años aproximadamente, ha vivido por tiempos con cada uno de sus otros hijos, y

¹¹ Sentencia T-479 del 15 de mayo de 200, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Sentencia T-281 del 18 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Sentencia T-574 del 26 de julio de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

por tanto, no se percibe afectación al derecho a la vida y a la dignidad humana de la demandante.

A propósito de la afectación al mínimo vital, vale la pena destacar cómo la Corte ha señalado que la misma no puede valorarse en términos exclusivamente cuantitativos, sino dentro de una perspectiva cualitativa.

"Y es que, como igualmente lo ha definido la jurisprudencia, **el derecho al mínimo vital se evalúa a partir de una dimensión cualitativa y no cuantitativa**, de manera que su posible violación se mide conforme con las condiciones personales de cada trabajador y el nivel de vida adquirido por éste. El concepto de un mínimo de condiciones de vida -vgr. Alimentación, educación, salud, vestido y recreación -, entonces, "no va ligad[o] sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, **de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida.**"¹⁴

Por lo expuesto, la tutela es procedente para evitar la consumación de un perjuicio irremediable que menoscabe los derechos de la accionante máxime cuando el caso denota relevancia constitucional y la titularidad del derecho reclamado se posibilita para los padres del afiliado fallecido que hayan dependido parcialmente de éste, porque los recursos con que cuentan resultan insuficientes.

3.1 Ahora bien, el ISS adujo igualmente que transcurrieron 7 años aproximadamente antes de solicitar la pensión de sobrevivientes del señor Ismael Enrique Uribe Arango, al respecto destaca la Sala que no aplica el principio de la inmediatez por cuanto la pensión de sobrevivientes, no puede estar sujeta respecto de su reconocimiento a un límite temporal, pues por tratarse de una prestación subsidiaria o sustitutiva de un derecho pensional, ostenta por extensión la naturaleza de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad¹⁵.

Es decir, su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo, sujetándose solamente a normas de prescripción, una vez ha sido reconocida por la autoridad respectiva.¹⁶

3.2 Superado el anterior juicio de procedibilidad, entrará la Sala a verificar si a la accionante le asiste el derecho para reclamar la pensión de sobrevivientes de su fallecido hijo. Esto es, si reúne los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, es decir, que no exista un beneficiario con mejor derecho y que este demostrada la dependencia económica con el causante.

Al respecto, se observa que el señor Ismael Enrique Uribe Arango, estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en calidad de trabajador dependiente. Igualmente, habitaba bajo el mismo techo de su madre, no tenía esposa ni compañera alguna, ni tampoco tenía hijos que pudieran poseer un mejor derecho para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Así mismo, resulta claro para la Sala que la accionante dependía económicamente de su hijo, habida consideración que éste era el encargado de suplirle sus necesidades básicas y garantizarle el mínimo vital cualitativo, motivo por el cual, se hace evidente que la muerte del señor Ismael Enrique Uribe Arango, trajo como consecuencia el desequilibrio económico de la demandante.

¹⁴ Sentencia SU-995 del 09 de diciembre de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Cfr. T-546 de mayo 29 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-972 de noviembre 23 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-099 de febrero 8 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda y T-597 de agosto 28 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras.

¹⁶ Sentencia T-896 de 2010 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

De igual forma, el hecho de que después del fallecimiento de su hijo haya tenido que vivir por temporadas con cada uno de sus otros hijos, no demuestra que existe estabilidad económica, cuando por el contrario, podría evidenciarse inestabilidad emocional lo que conllevaría a la afectación al mínimo vital y a la dignidad humana en la persona de la tercera edad.

En este orden de ideas, la accionante logró acreditar los dos requisitos que exige el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuales son que no exista un beneficiario con mejor derecho y que exista dependencia económica parcial o absoluta de la madre respecto al hijo."

Bajo estos presupuestos y atendiendo los principios "PRO HOMINE" y "PRO ACTIONE", este Operador Judicial encuentra ajustado al ordenamiento constitucional y legal, la concesión del derecho a la pensión de sobrevivientes en atención al cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para ello, en consonancia con la protección reforzada que actualmente ostentan los demandantes.

En consecuencia de lo anterior y en aras de dar aplicación al lineamiento jurisprudencial trazado por el superior jerárquico, este Estrado Judicial en virtud del principio constitucional de la favorabilidad (artículo 53) y en armonía con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política, amén del principio de igualdad, dispondrá la inaplicación del literal c) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990 en cuanto establece como requisito para acceder al beneficio pensional un tiempo de servicio de **quince (15) o más años de servicio**, mientras que al acudir a la Ley 100 de 1993 resulta menos gravoso al requerir tan solo **26 semanas de cotización**.

Así mismo, como en la presente Litis se dio prevalencia a la aplicación de la Ley 100 de 1993, por ser más favorable para la parte demandante, no es posible acudir la prescripción cuatrienal consagrada en el régimen especial de la Fuerza Pública como lo peticona la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, porque al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho para tomar sus aspectos más favorables, dando origen a un nuevo mandato.

Corolario de lo anterior, en el caso sub-examine debe aplicarse la prescripción trienal regulada en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, que dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. De conformidad con dicha norma, el término prescriptivo comienza a contarse desde el momento en que la parte accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, por ende, tendría derecho a percibir las mesadas pensionales causadas a partir del **26 de Junio de 2010**, toda vez que la solicitud del reconocimiento pensional se elevó ante la accionada el 26 de Junio de 2013.

En cuanto al monto mensual de la pensión por muerte del afiliado, este debe regularse acorde con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que contempla que será igual al 45 % del ingreso base de liquidación más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que éste exceda el 75% del ingreso base de liquidación del causante.

Finalmente y en lo que concierne a la petición de devolución o descuento de lo pagado a los demandantes por concepto de Cesantías Definitivas y Compensación por Muerte del militar fallecido (fls. 25 y 26 c.1.), se advierte que a juicio de este Despacho Judicial, dichos reconocimientos son compatibles con la pensión de sobrevivientes, ya que son derechos adquiridos y consolidados de los beneficiarios; se precisa que si bien es cierto, se inaplicó la disposición referente a la pensión de sobrevivientes de los oficiales y suboficiales del ejército para aplicar la disposición de la ley 100 de 1993 (por ser más favorable), dicha situación no conlleva a que se excluya y/o extinga todo vínculo laboral que ostentaba el fallecido militar con el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por el contrario, se destaca que independientemente se hubiera concedido la pensión con la regulación especial o la general (como aconteció en el presente caso), no se afecta de forma alguna los demás emolumentos concedidos a los beneficiarios del militar fallecido, ya que el aludido reconocimiento

prestacional no se encontraba supeditado o condicionado a la procedencia de las dos primeras, eran concesiones totalmente autónomas; en consecuencia de lo anterior, no hay lugar a devolver o descontar suma alguna por dicho concepto.

En este orden de ideas y retomando los discernimientos efectuados en precedencia, se ordenará entonces que se reconozca a la parte demandante, pensión de sobrevivientes y las mesadas adicionales que se hayan causado, en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 48 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, por el fallecimiento del señor MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ, con efectos fiscales a partir del **26 de Junio de 2010** - *por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal* (Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968), en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación del causante y teniendo en cuenta los reajustes previstos en la ley y las mesadas adicionales que se hayan causado desde la misma fecha.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de pensión de sobrevivientes a partir del 26 de Junio de 2010 – por prescripción trienal-, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la pensión de sobrevivientes). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Y, desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 192 y 195 del CPACA, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

Al probar la parte actora fehacientemente que la entidad demandada a través del acto acusado aplicó una normatividad menos favorable a los intereses de los demandantes, contrariando derechos de rango constitucional y la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso, se desvirtuó la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo controvertido, razón por la cual deberá el Despacho acceder a las súplicas de la demanda.

No se condenará en costas a la parte demandada al no encontrar mérito para ello (art. 188 del CPACA).

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR para este caso específico el literal c) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, por los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad, de acuerdo a lo razonado en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del oficio No. OFI13-26867 MDNSGDAGPSAP del 10 de Julio de 2013 expedido por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por el cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los señores OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA en su condición demostrada de padres del causante MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (q.e.p.d.).

TERCERO: ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL reconocer a los demandantes OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA en calidad de padres del causante MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (q.e.p.d.), la pensión de sobrevivientes a partir del **26 de Junio de 2010** – por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del Decreto 3135 de 1968), en cuantía que resulte conforme a lo previsto en el artículo 48 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, es decir del 45 % del ingreso base de liquidación, sin que ello sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente y aplicar los reajustes previstos en la ley. Igualmente pagará las mesadas adicionales que se hayan causado desde la fecha en que se reconoce la pensión, de dicho resultado corresponderá 50% a OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y 50% a MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL pagarle a OFELIA ARAGONEZ DE RODRÍGUEZ y MIGUEL ALFONSO RODRÍGUEZ ROA en su calidad demostrada de padres del causante MIGUEL RODRÍGUEZ ARAGONEZ (q.e.p.d.), los valores correspondientes al porcentaje de la pensión de que trata el numeral anterior, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

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

QUINTO: No condenar en costas a la parte demandada.

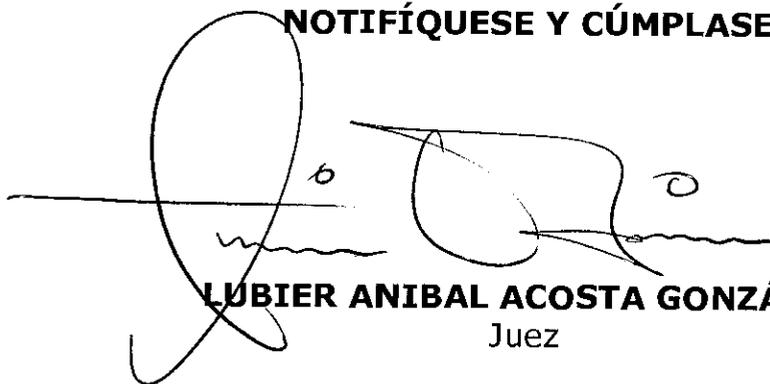
SEXTO: Désele cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos consagrados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso, a los demandantes o a su apoderado que ha venido actuando; líbrense las demás comunicaciones legales.

OCTAVO: Ordenar la liquidación y devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

NOVENO: Cumplido lo anterior, previa acreditación de su cumplimiento (art. 298 del CPACA), archívese el expediente, con las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

