

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA No.044

PROCESO : 76001-33 33-001-2019-00017-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : NELSON RIVERA JARAMILLO
DEMANDADO : NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

1. ANTECEDENTES

El señor **NELSON RIVERA JARAMILLO**, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1.1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4460 del 31 de octubre de 2018, por medio de la cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre del Soldado Voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.).

1.2.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada a efectuar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre del Soldado Voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), con retroactividad al día siguiente de su muerte, esto es el 1º de diciembre de 1996, de conformidad con lo previsto en los artículos 46, 48, 288 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio constitucional de favorabilidad.

1.3.- Que se condene a la entidad accionada a reconocer y pagar a favor del demandante, todas las sumas correspondientes a mesadas pensionales, prima semestral, prima de actividad y prima de navidad, incluyendo el valor de todos los factores salariales y los aumentos que se hubieren decretado, debidamente indexados.

1.4.- Que se condene a la entidad accionada al pago de las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA., se ordene al cumplimiento de esta sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y se ordene el pago de los intereses conforme al artículo 195 ibídem.

2. HECHOS:

2.1.- Que el señor Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario, desde el 1º de febrero de 1992 hasta el día 1º de diciembre de 1996, fecha de su fallecimiento.

2.2.-Que el señor Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), pertenecía al Batallón

Conraguerrilla No. 3 Primero de Numancia con sede en la ciudad de Cali, último lugar donde prestó sus servicios, tal como consta en el Oficio No. 20183081929781 del 10 de octubre de 2018, expedido por el área administrativa de personal del Ejército Nacional.

2.3.- Que la muerte del señor Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), fue calificada por la misma institución como *“en el servicio pero no por causa y razón del mismo”*, según se desprende de la Resolución No. 440 del 31 de octubre de 2018.

2.4.- Que el señor Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), al momento de su fallecimiento era soltero y no tenía hijos. El señor Nelson Rivera Jaramillo, es su padre, según se desprende del registro civil de nacimiento aportado con la demanda y fue reconocido como beneficiario para el pago de prestaciones sociales mediante la Resolución No. 08431 del 4 de julio de 1997.

2.5.- Que el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), según se observa en la hoja de servicios No. 115, prestó sus servicios por el término de cuatro (4) años y diez (10) meses, es decir, que cotizó el equivalente a doscientas cuarenta y ocho (248) semanas.

2.6.- Que el día 20 de septiembre de 2018, el demandante solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, conforme a la Ley 100 de 1993, por resultar más favorable; sin embargo, esta petición fue resuelta en forma desfavorable a través de la Resolución No. 4460 del 31 de octubre de 2018, acto administrativo acusado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 2º, 4º, 13, 23, 25, 48 y 53.
- Ley 100 de 1993, artículos 46, 47, 48 y 288.
- Ley 791 de 2002.

El apoderado judicial de la parte demandante, afirmó que con la expedición del acto administrativo acusado se vulneraron los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, en razón a que la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, ha sido reiterativa en indicar que cuando los soldados voluntarios fallecen en simple actividad, les resulta aplicable el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, el cual resulta más favorable que el Decreto 2728 de 1968, norma que no contempló la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de dichos soldados.

En efecto, adujo que fue sólo con la expedición de la Ley 923 de 2004, que el Gobierno Nacional creó las normas y los criterios para fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y se estableció la posibilidad de reconocer y pagar las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad, aspecto que fue regulado en el artículo 21 del Decreto 4433 de 2004, a través del cual se reconoció este derecho para casos ocurridos a partir del 07 de agosto de 2002, circunstancia que evidentemente dejó de lado el régimen pensional para los soldados voluntarios que fallecieron antes de dicha anualidad (2002).

En este orden de ideas, expuso que en razón a que el régimen especial del Ejército Nacional aplicado al demandantes es desfavorable, por no contemplar la

pensión de sobrevivientes para los soldados que fallecen en misión del servicio o en simple actividad, y perpetua un tratamiento inequitativo frente a la exigencia de la Ley 100 de 1993, régimen general en pensiones, de acreditar únicamente veintiséis (26) semanas de cotización, en el presente asunto se debe reconocer el derecho solicitado, en aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional y atendiendo los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto de la aplicación del régimen general en pensiones para los miembros de la Fuerza Pública.

De otro lado, refirió que si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación del régimen general a los miembros de la Fuerza Pública, lo cierto es que el mismo ordenamiento en el artículo 288, le concedió a todo servidor público el derecho a que le sea aplicable la norma en ella contenida que le sea más favorable.

Finalmente, hizo referencia a providencias dictadas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con relación al tema aquí debatido.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a través de apoderada judicial contestó oportunamente la demanda de la referencia¹, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que el acto administrativo acusado fue expedido conforme al principio de legalidad, en razón a que al actor le era aplicable el Decreto 2728 de 1968, el cual no contempla el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor.

Seguidamente, la representante judicial de la entidad accionada direccionó sus argumentos a que el ascenso póstumo no tiene el carácter de prestacional, partiendo del hecho de que el soldado Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo, lo cual no es cierto ni se encuentra ajustado a las pruebas que obran en el proceso, por lo que no se hará referencia alguna al respecto en este acápite, pues es evidente que este aparte de la contestación corresponde a un formato.

De otro lado, expuso que no es procedente la aplicación retrospectiva de la Ley, pues si bien es cierto que la jurisprudencia nacional venía admitiendo la aplicación por favorabilidad del sistema general en pensiones a los destinatarios de regímenes especiales, en aplicación del principio de favorabilidad, lo cierto es que en el presente asunto no se debe aplicar la Ley 100 de 1993, toda vez que el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), falleció en fecha posterior a la entrada en vigencia de esta Ley – 1º de abril de 1994-, por lo que le resulta aplicable únicamente el Decreto 2728 de 1968.

Así mismo, expuso que no hay lugar a que los miembros de la Fuerza Pública se acojan al régimen general de seguridad social en pensiones, en razón a que los mismos se encuentran exceptuados de su aplicación, conforme a lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, propuso como excepciones las denominadas “El ascenso póstumo no tiene carácter prestacional, aplicación retrospectiva de la Ley, carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, naturaleza

¹ Folios 61 a 81 del expediente.

especial que regula el régimen prestacional de la Fuerza Pública, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no es contraria al principio de igualdad, aplicación del principio de favorabilidad desde el punto de vista teórico, legalidad normativa del acto impugnado, falta de acreditación de la dependencia económica del demandante, prescripción de las mesadas pensionales e innominada”.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así: una vez admitida la demanda mediante auto interlocutorio No. 111 del 12 de febrero de 2019² y llevada a cabo la notificación a los sujetos procesales en debida forma a todos los sujetos procesales, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes³. La audiencia de prueba tuvo lugar el 03 de marzo de 2020⁴, en donde se dispuso cerrar la etapa probatoria y concederle a las partes procesales el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión en forma escrita.

En sus alegatos de conclusión, los representantes judiciales de la parte demandante y la entidad accionada, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma.⁵

6. CONSIDERACIONES

6.1.- Presupuestos de la Acción:

6.1.1. Capacidad jurídica de las partes

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia⁶.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderada judicial, tal y como se comprueba en el poder glosado a folio 84 del expediente.

6.1.1. Caducidad de la Acción

En el presente asunto, el acto administrativo demandado corresponde a la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en este orden de ideas tratándose de una prestación periódica no hay lugar a contabilizar el término de caducidad conforme lo prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

6.1.2. Requisito de procedibilidad

² Folio 42 del expediente.

³ Folios 106 a 110 del expediente.

⁴ Folios 101 a 102 del expediente.

⁵ Folios 125 a 149 del expediente.

⁶ Folio 21 del expediente.

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que en el asunto de marras no es exigible este requisito previo para demandar dado que al estar involucrados en este tipo de controversias derechos laborales irrenunciables que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

En lo que corresponde al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2º del artículo 161 ibídem, en el asunto de marras se observa que contra el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no se indicó la procedencia de recurso de apelación alguno, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, la demandante podía acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

6.2.- Presupuestos de la demanda:

6.2.1. Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

6.2.2. Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO:

Teniendo en cuenta la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el día 03 de diciembre de 2019⁷, se advierte que el problema jurídico consiste en establecer si el señor **Nelson Rivera Jaramillo**, en calidad de padre del Soldado Voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, conforme al régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO CONCRETO

De conformidad con lo previsto en la Ley 131 de 1985, por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, los soldados voluntarios son aquellas personas que habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y en tal condición quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.⁸

⁷ Folios 106 a 110 del expediente.

⁸ En este punto, debe indicarse que posteriormente, el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 incorporó a los soldados voluntarios como soldados profesionales, para quienes el Gobierno Nacional expidió un régimen salarial y prestacional con base en lo preceptuado por la Ley 4.^a de 1992 (art. 38), el cual se encuentra contenido en el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, al

En virtud de ello, se tiene que 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, dispuso en su artículo 8º lo siguiente:

“ARTÍCULO 8o. *El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.”.*

El régimen especial de las Fuerzas Militares contenido en el Decreto 2728 de 1968 aplicable al caso concreto por estar vigente al momento del fallecimiento del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez, esto es para el 1º de diciembre de 1996⁹, únicamente reconoce a favor de sus beneficiarios, en caso de muerte en simple actividad, una prestación indemnizatoria consistente en el reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico; sin que se contemple el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Al respecto, debe indicarse que el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica Sentencia **CE-SUJ-SII-009-2018** fechada el 1º de marzo de 2018¹⁰, al estudiar un caso referente a la pensión de sobrevivientes de un suboficial muerto en simple actividad, hizo referencia al régimen especial de los soldados voluntarios en los siguientes términos:

“1.3. La pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares por muerte simplemente en actividad

51. Como se dijo en precedencia, la pensión de sobrevivientes no se consagró de la misma manera para todos los miembros de las Fuerzas Militares, especialmente en los casos de muerte simplemente en actividad, toda vez que se previó un régimen para los soldados voluntarios, otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio, como pasa a explicarse:

cual no se hace referencia como quiera que no había entrado en vigencia al momento de la muerte del soldado voluntario aquí referido.

⁹ Registro Civil de Defunción glosado a folio 35 del expediente.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. No.: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), Actor: Araceli del Carmen Llanos García, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018. SUJ-009-S2.

52. Para los **soldados voluntarios**, el Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», en el artículo 8, **señaló algunas prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de aquellos que mueren en servicio activo**, en los siguientes términos:

«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. [...]»

53. Como se puede observar, la citada normativa, **no señaló el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes** para los beneficiarios del soldado voluntario muerto en ninguno de los eventos. Y para el caso de la muerte simplemente en actividad, solo determinó una compensación por muerte equivalente a 24 meses de salario de lo que corresponda a un cabo segundo o marinero, según sea el caso”.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual entró a regir a partir del 1º de abril de 1994, se desarrolló dentro del Régimen General de Seguridad Social, una modalidad de previsión denominada pensión de sobrevivientes, que no sólo preveía la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, sino el reconocimiento de dicha prestación para los familiares de aquél que, encontrándose afiliado al sistema y sin haber logrado el status pensional, falleciere, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el Legislador.

Así las cosas, es del caso resaltar que la aludida prestación, consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido -normalmente al cónyuge supérstite o al compañero o compañera permanente y por supuesto a sus hijos-, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, en forma tal, que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante, es decir, que ésta responde a la necesidad de mantener para los beneficiarios, al menos, el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del trabajador o del pensionado fallecido, derecho que, al desconocerse, puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

En tal virtud, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993¹¹, estableció los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 46. *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 este 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;

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

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

Por su parte, el artículo 47 *ibídem* dispone que, serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“ARTÍCULO 47. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 este 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.

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.” (Negrilla del Despacho)

De las normas antes descritas, se evidencia que existe una diferencia entre el régimen especial de las Fuerzas Militares consagrado en el Decreto 2728 de 1968 y el el régimen general descrito en la ley 100 de 1993, pues en el primero de ellos, no se estableció el derecho a la pensión de sobrevivientes sino únicamente el reconocimiento y pago de una indemnización por muerte, mientras que en el régimen general, permite el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los padres del causante, ante la ausencia de compañera permanente e hijos y, se exige una cotización mínima de veintiséis (26) semanas, al momento de la muerte.

¹¹ No se hace referencia a las modificaciones introducidas mediante la Ley 797 de 2003, como quiera que el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez, falleció en el año de 1996, cuando estaba rigiendo el referido artículo sin su modificación.

En atención a esta desigualdad existente entre el régimen especial y el régimen general, en lo que respecta al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, se considera necesario acudir al principio de favorabilidad en materia laboral, el cual se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Frente al principio de favorabilidad, el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica Sentencia **CE-SUJ-SII-009-2018** fechada el 1º de marzo de 2018¹², antes referida, al aumentar la aplicación del régimen general a favor de los miembros de la Fuerza Pública, precisó en síntesis lo siguiente:

“84. El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector, como se dijo en precedencia, y uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política.

85. En la jurisprudencia constitucional el aludido principio, ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

86. En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento³⁹.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. No.: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), Actor: Araceli del Carmen Llanos García, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018. SUJ-009-S2.

87. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador».

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

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.

-Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.

-Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.

-La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

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

Por otro lado, podría decirse que no hay lugar a aplicar el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, en razón a que el artículo 279 de dicha norma, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, sin embargo, es menester indicar que éste artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995, bajo las siguientes consideraciones:

“...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones.

Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del Artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los Artículos 13, 48 y 53 de la Carta...” (Subrayado del Despacho)

En este orden de ideas, resulta necesario precisar que el Consejo de Estado, mediante providencia fechada el 25 de abril de 2013¹³, al estudiar un caso similar al acá estudiado, relacionado con la aplicación del Sistema General de Pensiones, en lugar del Régimen Especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, para efectos de proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, efectuó las

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación No. 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09), Actor: María Emilsen Larrahondo Molina.

siguientes consideraciones:

“La jurisprudencia de esta Corporación¹⁴ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho”.

La anterior posición jurisprudencial, fue reiterada por el Consejo de Estado, en providencia fechada el 20 de abril de 2017¹⁵, en donde concluyó:

“La situación jurídica en caso de pensión de sobreviviente se consolida al momento del fallecimiento del afiliado, por ende, si la muerte ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en el artículo 288 ib. no es posible por favorabilidad aplicarla de forma retrospectiva a efectos de reconocer la pensión de sobreviviente a su núcleo familiar.”

Y en sentencia fechada el 07 de julio de 2011¹⁶, el máximo órgano de esta jurisdicción, precisó lo siguiente:

*“A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. **En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.** En punto de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional¹⁷ ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:*

“ 1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada

¹⁴ Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 19001-23-33-000-2013-00557-01(3318-14), Actor: María Olfa Castillo, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba, Demandado: Ministerio De Defensa – Ejército Nacional

¹⁷ Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte (...).

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él (...).”

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.”

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es claro que en el caso de quienes se encuentran amparados por los regímenes especiales, resulta válido aplicar las normas del régimen general de seguridad social, cuando éstas consagren beneficios superiores y las mismas se encuentren vigentes para la época en que se considera causado el derecho; de manera que, descendiendo al caso planteado, es posible afirmar que la pensión de sobrevivientes, puede reconocerse con fundamento en el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, por aplicación del principio fundamental de favorabilidad, siempre que el hecho generador del derecho prestacional, a saber la muerte del causante, haya ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia del régimen general, a saber, el 1º de abril de 1994.

A partir de lo anterior, se procederá a resolver el caso concreto, con el fin de determinar si el señor Nelson Rivera Jaramillo, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en aplicación de lo previsto en la Ley 100 de 1993.

6.5.- ANÁLISIS PROBATORIO Y RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO:

En principio, debe indicarse que el señor Nelson Rivera Jaramillo, pretende que a través de este medio de control se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a su favor, en calidad de

padre del Soldado Voluntario Fernando Rivera Flórez, quien murió en simple actividad el día 1º de diciembre de 1996.

A su turno, la entidad accionada se opuso a la prosperidad de la demanda, al considerar que el Decreto 2728 de 1968, el cual le resulta aplicable al Soldado Voluntario fallecido, no contempla la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, insistiendo de tal forma en argumentar que no hay lugar a aplicar el régimen general en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, como quiera que dicha norma excluye de su aplicación a los miembros del Ejército Nacional.

Por tanto, mediante la Resolución No. 4460 del 31 de octubre de 2018¹⁸, acto administrativo acusado, la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre de Fernando Rivera Flórez (q.p.d.).

Ahora bien, con el fin de resolver la controversia antes planteada, debe precisarse que de las pruebas que obran en el plenario, se tiene acreditado lo siguiente:

1.- Que el joven Fernando Rivera Flórez, estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario, desde el 1º de febrero de 1992 hasta el 1º de diciembre de 1996, es decir, por un periodo de cuatro (4) años y diez (10) meses, según se desprende de la hoja de servicios glosada a folio 33 del plenario, prueba de la cual también se desprende que no fue ascendido en forma póstuma, tal como lo afirmó la representante judicial de la entidad accionada, pues su muerte no fue en combate ni por acción directa del enemigo para efectos de ser ascendido al grado de Cabo Segundo.

2.- Que su vinculación se dio hasta el día 1º de diciembre de 1996, fecha de su fallecimiento, tal como consta en el registro civil de defunción visible a folio 35 del plenario.

3.- Que según el informe administrativo por lesiones No. 007, expedido por la entidad accionada, la muerte del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), ocurrió en actos del servicio pero no por causa y razón del mismo.¹⁹

4.- Que como consecuencia de su fallecimiento, el Subsecretario General del Ministerio de Defensa, a través de la Resolución No. 08431 del 04 de julio de 1996, ordenó el reconocimiento y pago, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, la suma de \$ 7.507.604, a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d.), distribuidos así: la suma de \$ 6.144.720, por concepto de compensación por muerte equivalente a 24 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo y, la suma de \$ 1.362.884, por concepto de bonificación especial por los servicios prestados a la institución militar.²⁰

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar que en atención a que el fallecimiento del señor Fernando Rivera Flórez (q.p.d), se dio el día 1º de diciembre de 1996, hay lugar a aplicar las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo solicita la parte actora, pues como quedó expuesto previamente, éste régimen resulta aplicable en virtud del principio fundamental de favorabilidad y en razón a que el fallecimiento se dio con posterioridad a la entrada en vigencia de

¹⁸ Folios 26 a 29 del expediente.

¹⁹ Folio 6 del cuaderno de pruebas.

²⁰ Folios 39 del expediente.

dicho régimen.

Aquí, resulta importante precisar que no se aplicaría de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993, tal como lo argumentó la representante judicial de la entidad accionada al momento de contestar la demanda, como quiera que para la fecha en que falleció el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d) - 1º de diciembre de 1996-, ya se encontraba vigente el régimen general en pensiones referido.

Así las cosas, de las pruebas documentales antes referidas permiten determinar que en el presente asunto se cumple con el requisito de **cotizaciones mínimas** establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como quiera que el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), estuvo vinculado al Ejército Nacional por más de veintiséis (26) semanas, durante el año inmediatamente anterior al momento de su muerte, pues estuvo vinculado por un periodo de cuatro (4) años y diez (10) meses.

Ahora bien, con el fin de determinar si el señor Nelson Rivera Jaramillo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), a partir del 1º de diciembre de 1996, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, debe indicarse que de las pruebas que obran en el proceso se encuentra debidamente acreditada su calidad de padre, conforme al registro civil de nacimiento del soldado voluntario fallecido, visible a folio 36 del plenario.

En este punto, debe indicarse que su madre María Eva Flórez Belalcázar (q.p.d), falleció, sin embargo, el registro civil de defunción glosado a folio 27 del cuaderno de pruebas, está ilegible lo cual impide determinar la fecha exacta de su muerte.

Lo anterior, permite inferir que hay **ausencia de otros beneficiarios** distintos a su padre, pues su madre falleció y no se acreditó en el proceso que tuviera cónyuge, compañera permanente o hijos.

En lo que corresponde a la **dependencia económica** del señor Nelson Rivera Jaramillo, se tiene que esta condición está plenamente acreditada, toda vez que dentro del trámite administrativo adelantado por el Ejército Nacional para efectos de proceder al reconocimiento y pago de la respectiva compensación por muerte a su favor, se aportaron las declaraciones rendidas por los señores Henry Villegas Bermúdez, Edgardo Rodríguez y Eyesid Moreno Barona, el día 07 de marzo de 1997, ante la Notaria Única del Circuito de Jamundí, quienes manifestaron lo siguiente *“Que conocemos de vista y trato al señor Nelson Rivera Jaramillo, que por el conocimiento que dé el tenemos nos consta que es el padre del señor soldado quien en vida se llamó Fernando Rivera Flórez, quien era la persona que con el fruto de su trabajo como soldado profesional le ayudaba para sus propios gastos, pues su trabajo como mecánico independiente es insuficiente para su gastos y los de su familia, y su hijo siempre se preocupó por el ofreciéndole lo necesario para su bienestar.”*²¹

El requisito de dependencia económica del señor Nelson Rivera Jaramillo, también se logra corroborar con la declaración rendida por el señor Luis Eduardo Rodríguez, en audiencia de pruebas celebrada el pasado 03 de marzo de 2020²², quien en su declaración afirmó que soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), ayudaba económicamente a su padre para su sostenimiento.

²¹ Folios 19 a 20 del cuaderno de pruebas.

²² Folios 121 a 122 del expediente.

En este orden de ideas y, teniendo en cuenta que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de que trata el régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, se procederá a declarar la nulidad de la Resolución No. 4460 del 31 de octubre de 2018 y, en consecuencia se ordenará a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, reconocer y pagar a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), una pensión de sobrevivientes, la cual debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, de conformidad lo previsto en la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad.

Antes de continuar, debe indicarse que la anterior decisión se adopta en atención a la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca²³, Corporación que al estudiar la aplicación del régimen general en pensiones a favor de los miembros de la Fuerza Pública, ha permitido su aplicación en virtud del principio de favorabilidad, bajo el siguiente argumento “*Las normas anteriormente citadas junto con la reiterada jurisprudencia que ha sentado el Tribunal de cierre de esta Jurisdicción sobre el asunto, permiten concluir a esta Corporación que efectivamente el principio de favorabilidad permite aplicar la norma general sobre la especial, para este particular caso la Ley 100 de 1993 sobre el artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, por resultar más beneficioso en lo que atañe con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes*”.

En lo que corresponde al monto de la pensión, se tiene que el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, reza:

“Artículo 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 aquel 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. (...)”.

Es por lo anterior, que atendiendo que el soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), prestó sus servicios al Ejército Nacional por un periodo de cuatro (4) años y diez (10) meses, el monto mensual de la pensión de sobrevivientes aquí reconocida a favor de su padre Nelson Rivera Jaramillo, será igual al 45% del ingreso base de liquidación.

Frente al ingreso base de liquidación, se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993²⁴, esto es, teniendo en cuenta para ello el

²³ Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sentencia del 26 de noviembre de 2013. M.P. Jhon Erick Chaves Bravo, PROCESO No. 76-001-33-33-003-2012-00025-01, Accionante: María Elena Rojas Carbonero, Accionado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

²⁴ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

promedio de los salarios y/o haberes sobre los cuales cotizó el soldado voluntario fallecido, según se observa en el certificado de últimos haberes glosado a folio 33 reverso del expediente, sin que la misma pueda ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, según lo descrito en el artículo 18 *ibídem* que prevé “*En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente*”.

Dicho lo anterior, se advierte que la prestación aquí reconocida deberá efectuarse a partir del **1º de diciembre de 1996**, fecha del fallecimiento del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), con efectos fiscales a partir del **20 de septiembre de 2015**, dada la prescripción trienal de la mesada pensional²⁵, en razón a que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes fue realizada a través de apoderado judicial el día 20 de septiembre de 2018, según se desprende de la solicitud que obra a folios 24 a 25 del expediente.

Las sumas adeudadas serán ajustadas en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la fórmula autorizada para tal fin por el Honorable Consejo de Estado.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de del derecho.

Igualmente se dispondrá que los intereses moratorios se devenguen a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA concordante con el artículo 195 *ibídem*

Finalmente, en atención a que el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2-016-19 - SUJ-016-S2 del 30 de mayo de 2019²⁶, señaló que de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes, es posible descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional, regla jurisprudencial que se fijó en los siguiente términos:

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

²⁵ En lo que respecta al termino prescriptivo, debe indicarse que el Consejo de Estado mediante Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018, previamente referida, precisó lo siguiente “*Debe decirse que dado que el régimen al cual se acude debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes y del mismo mandato del artículo 288 ibídem, es este último el que corresponde atender. Es oportuno señalar además que el término prescriptivo trienal es el mismo que consagran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto de los derechos de que tratan las referidas normas. De manera pues que el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de tres años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición. Ahora bien, no puede hablarse de prescripción de los valores económicos pagados por compensación por muerte, toda vez que la sentencia que reconoce el derecho pensional es la que origina, a su vez, el derecho de la entidad a deducir los valores que fueron inicialmente entregados por aquel concepto*”.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación numero: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)CE-SUJ-016-19, Actor: Flor Myriam Acosta Castañeda, Demandado: Ministerio De Defensa – Policía Nacional, Referencia: Sentencia de unificación de jurisprudencia - pensión de sobrevivientes suboficial de la policía nacional muerto en simple actividad antes de la entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la ley 100 de 1993 - régimen aplicable - compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. procedencia o no de descuentos - término de prescripción.

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

. Con fundamento en la regla de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

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

3. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, **la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado.** En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. (...)

En virtud de lo anterior, el Despacho procederá a ordenar el descuento del valor reconocido en la Resolución No. 08431 del 04 de julio de 1997²⁷, por compensación por muerte, lo cual corresponde a la suma de \$ 6.144.720, ante la incompatibilidad de ambas prestaciones. Aquí, se aclara que dicho reconocimiento se hizo a favor del aquí demandante, en calidad de padre del soldado fallecido.

Para tal efecto, se advierte que en caso de que el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar (\$ 6.144.720), supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

7.- COSTAS:

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019²⁸ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si

²⁷ Folio 34 del expediente.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019): (...) *En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo*

en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial del Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 4460 del 31 de octubre de 2018, por medio de la cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor del señor Nelson Rivera Jaramillo, en calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, reconocer y pagar a favor del señor **NELSON RIVERA JARAMILLO**, identificado con cedula de ciudadanía No. 6.087.871, en su calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), una pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, de conformidad lo previsto en los artículos 21, 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de diciembre de 1996, pero con efectos fiscales a partir del **20 de septiembre de 2015**, dada la prescripción trienal de la mesada pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sin que la misma pueda ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: La suma que resulte de la anterior liquidación, se ajustaran en los términos del inciso 4º del artículo 187 del CPACA, de conformidad con la siguiente formula:

$$R= RH (\text{Índice final} / \text{Índice inicial})$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, **la fórmula se aplicará separadamente mes por mes**, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho.

CUARTO: De los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación por

Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

muerte a favor del señor **NELSON RIVERA JARAMILLO**, identificado con cedula de ciudadanía No. 6.087.871, en su calidad de padre del soldado voluntario Fernando Rivera Flórez (q.p.d), según el valor reconocido en la Resolución No. 08431 del 04 de julio de 1997, lo cual corresponde a la suma de \$ 6.144.720.

En caso de que el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar (\$ 6.144.720), supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

QUINTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

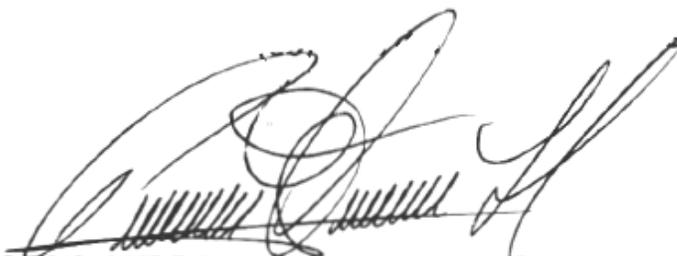
SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: COMUNICAR a la entidad demandada, en firme la presente sentencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: ARCHIVAR las diligencias, una vez ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Devolver los remanentes de los gastos ordinarios del proceso si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LCMS.



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ