



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO**  
**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL**  
**DE TUNJA**  
**DESPACHO**

## **SENTENCIA NR-041-2020**

**Tunja, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020)**

**REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**DEMANDANTE: CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y OTRO**  
**DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**  
**RADICADO: 15001 3333 005 201900010 00**

Procede el Despacho a dictar sentencia en primera instancia, dentro del Medio de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA** contra la Nación-Mindefensa-Ejercito Nacional.

### **I. LA DEMANDA**

#### **1. PRETENSIONES.**

**CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA**, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018 mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente como beneficiarios en calidad de progenitores del extinto Soldado **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ**.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes en su condición de padres desde la fecha en que se causó el derecho, es decir, al fallecimiento del soldado **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ** teniendo en cuenta la prescripción trienal de las mesadas, hasta la fecha que se expida la resolución que dé cumplimiento a la sentencia, con los reajustes anuales ordenados por la ley, que se ordene el pago efectivo e indexado de las sumas que resulten de la liquidación pensional y de mesadas acumuladas hasta la fecha en que se realice el pago, se ordene el pago de intereses moratorios y condena en costas.

#### **2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls.3-5)**

Señala que el señor **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ** ingreso al ejército nacional el 6 de diciembre de 2006 y laboró de manera continua hasta el día de su fallecimiento el 24 de febrero de 2008, siendo soldado regular, su muerte fue calificada como "simplemente en actividad", siendo su última unidad militar el Batallón de Infantería No. 44 **CORONEL RAMON NONATO PEREZ** del Municipio de Tauramena, Casanare. Que para la fecha de su fallecimiento era soltero, sin unión marital de hecho, y se desconoce que haya procreado hijos, que fue hijo de **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ** y **MILTON VERGARA VERGARA**.

Refiere que el 1º de agosto de 2018, los demandantes solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en que se configura su derecho conforme a la Ley 100 de 1993 y la sentencia de unificación SU-CE-SUJ-SII-010-2018, que es la norma más favorable. Que la entidad mediante Resolución No.6012 de 2018, negó la pensión de sobrevivientes solicitada contrariando el ordenamiento jurídico.

#### **3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. (fls. 6-16)**

Señala que el acto acusado trasgrede el principio de legalidad contenido en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto desconoce de manera indirecta la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018, la cual llena los vacíos normativos en materia de reconocimiento pensional a los soldados conscriptos, cumpliendo con los requisitos del régimen general de pensiones. De igual forma, el acto acusado desconoce el derecho a la igualdad y al debido proceso de los demandantes, por cuanto se negó la pensión aduciendo que no se encuentra acreditada la dependencia económica de éstos respecto de su hijo, cuando al expediente se allegó una declaración extraproceso donde daba cuenta del cumplimiento de este requisito legal.

Así mismo, la entidad desconoce el derecho a la seguridad social de los demandantes el cual es irrenunciable y la entidad tiene el deber de protegerlo, aunado al hecho que presume la mala fe de los peticionarios, al no tenerles en cuenta la declaración extraproceso que allegaron para acreditar su derecho a la pensión de sobrevivientes.

De igual forma, la entidad demandada desconoce los precedentes del Consejo de Estado, respecto de la aplicación más favorable del régimen pensional general, respecto del régimen especial, línea interpretativa garantista, acorde con los postulados del estado social de derecho y los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. Indica que la administración desconoce el peso que tiene la Sentencia de Unificación SU-SUJ-010-S2, proferida por el Consejo de Estado, respecto de la aplicación del régimen general frente a los soldados conscriptos, la cual debe acatarse conforme al artículo 270 del CPACA, en la medida que se fijaron reglas de unificación jurisprudencial.

Manifiesta que la entidad desconoce las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, junto con el artículo 29 de la constitución, normas que establecen la legalidad de las pruebas extraproceso para llegar al convencimiento de la autoridad administrativa.

## II. CONTESTACIÓN

La **Nación-Mindefensa-Ejercito Nacional (fls.83-90)** presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de sus pretensiones, solicitando se denieguen las mismas, teniendo en cuenta que la entidad no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, porque sus actuaciones se ajustaron a derecho.

Señaló que el estatuto especial para los militares, aplicable al caso del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ era 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 que se infiere el reconocimiento de prerrogativas a favor de los beneficiarios del occiso, como el pago de 24 meses de sueldo que corresponda a un Cabo Segundo, dentro de los cuales no se consagra el derecho de pensión de sobrevivientes.

De igual forma, considera que la aplicación del Decreto 2728 de 1968 al caso de los demandantes, no desconoce los preceptos contenidos en la Ley 477 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004. Así las cosas indica que mediante la Resolución 75732 del 16 de abril de 2018, se reconoció y pago a los padres del causante la compensación por muerte equivalente a 24 meses de los haberes correspondientes a cabo tercero, única prestaciones a que tenían derecho y que fue reconocida por muerte en simple actividad.

De otro lado señala que los demandantes a la fecha no han demostrado la dependencia total y absoluta del señor **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRUGUEZ**, por consiguiente, no se les puede aplicar el régimen general, pues es claro que acrediten que tenían un vínculo económico con los recursos del fallecido, conforme lo señala la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

De igual forma, señala que dada la especificidad del Decreto 1211 de 1990, no se le puede aplicar de forma extensiva las prestaciones económicas previstas en los artículo 185 y 189 de esa norma, ya que las mismas son únicamente aplicables a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y el causante no tenía dicha condición militar ya que ostentaba la calidad de soldado regular del ejército nacional.

Finalmente, solicita que en caso de no accederse a lo pedido por la demandada, se apliquen los pagos recibidos por compensación por muerte como parte de la indemnización a que hubiere lugar a imponer, toda vez, que de no tenerlos en cuenta implicaría un doble pago, lo cual atenta contra los intereses del Estado Colombiano.

#### • **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

En esta oportunidad **el apoderado de la parte demandante (fls.155-158)** reiteró los argumentos de la demanda, indicando que el acto acusado desconoce flagrantemente la normatividad existente, al negarle un derecho a los demandantes sin tener en cuenta lo señalado en la sentencia de unificación SU-SUJ-010-S2, la cual es vinculante conforme al artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, y en donde se estableció que en estos casos se debe aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Indica que se demostró que el Soldado Regular JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ, falleció en simple actividad el 24 de febrero de 2008, lo mismo que sus padres CONSUELO RODRIGUEZ y MILTON VERGARA, dependían económicamente de la actividad laboral de su hijo, quien cotizó más de 26 semanas de servicio, prestando sus servicios en el Batallón Especial Energético Vial No. 06 de Miraflores Boyacá. Señala que en efecto los padres del soldado recibieron la compensación por muerte como se acredita en el expediente, conforme al acto de reconocimiento expedido por la entidad demandada.

De igual forma, la dependencia económica de los demandantes frente a su hijo, se acreditó con las declaraciones extraproceso de SANDRA MILENA LOMBANA DIAZ y ALEXANDER DIAZ CORREA, quienes bajo la gravedad de juramento señalaron que los actores dependían económicamente de su hijo, el testimonio de la señora SANDRA MILENA LOMBANA, fue ratificado al interior del proceso.

Finalmente, solicita se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, atendiendo al precedente mencionado SU-CE-SUJ-SII-010 2018, para efectos de estudiar el reconocimiento pensional solicitado por los señores CONSUELO RODRIGUEZ y MITLON VERGARA.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **1. Problema y Tesis Jurídica**

Debe determinar el Despacho si los señores CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del extinto soldado regular JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ.

El Despacho considera que de conformidad con la tesis del órgano de cierre de esta Jurisdicción en sentencia de unificación<sup>1</sup> del 12 de abril de 2018 y el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política, es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes aplicando el régimen general de pensiones, para los beneficiarios de los conscriptos del Ejército Nacional, en tanto el régimen especial no tiene contemplada dicha prestación para este personal de las Fuerzas Militares.

#### **2. Argumentación Jurídica.**

##### • **De la Pensión de Sobrevivientes**

La pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional son derechos que surgen cuando la persona pensionada por vejez o invalidez o el afiliado al sistema fallecen, generando una prestación económica a favor de los miembros del grupo familiar que dependían del causante, con el propósito de disminuir las contingencias económicas derivadas de su muerte. Estas pensiones son una garantía para satisfacer el mínimo vital respecto de quienes tenían una relación de dependencia, en desarrollo de los principios de solidaridad y

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018. Rad: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)

universalidad que rigen el servicio público a la seguridad social, conforme se establece en el artículo 48 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha señalado que su finalidad “es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado a los allegados dependientes y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.”<sup>2</sup>

• **De la pensión especial de sobrevivientes, respecto de los miembros de las fuerzas militares fallecidos:**

Dentro del régimen dispuesto para los soldados voluntarios encontramos en primer lugar el Decreto 2728 del 2 de noviembre 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*”, donde se establece respecto a la muerte de aquellos integrantes que aún no habían adquirido el derecho a pensión; lo siguiente:

*“(…) **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. (...)* (Subrayado del despacho)

Por su parte, el Decreto 1211 de 1990, “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*”, en su capítulo quinto consagró las prestaciones por muerte a que tienen derecho los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, las cuales se encuentran divididas en dos grupos, a saber; (i) Las prestaciones por muerte en actividad, y las (ii) Prestaciones por muerte en retiro; este último corresponde a la sustitución de la asignación de retiro de que gozaba el oficial o suboficial fallecido.

Respecto al primer grupo, esto es las prestaciones por muerte en actividad, se observa que dichas prestaciones dependen de las condiciones en que ocurrió la muerte, así (artículos 189 a 191):

**(i)** Si la muerte del oficial o suboficial de las Fuerzas Militares ocurrió **en combate**, sus beneficiarios tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

- a) A una compensación equivalente a 4 años de los haberes,
- b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante,
- c) Al pago de una pensión mensual liquidada en la misma forma de la asignación de retiro, si el oficial o suboficial hubiere cumplido 12 o más años de servicio, y
- d) Al pago de una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que tratan el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, si el oficial o suboficial no hubiere cumplido 12 años de servicio;

**(ii)** Si la muerte del oficial o suboficial de las Fuerzas Militares ocurrió **en misión del servicio**, sus beneficiarios tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

- a) A una compensación equivalente a 3 años de los haberes,
- b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante, y

<sup>2</sup> Sentencia T-168 de 2007

c) Al pago de una pensión mensual liquidada en la misma forma de la asignación de retiro, si el oficial o suboficial hubiere cumplido 12 o más años de servicio;

**(iii)** Si la muerte del oficial o suboficial de las Fuerzas Militares ocurrió **simplemente en actividad**, sus beneficiarios tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

a) A una compensación equivalente a 2 años de los haberes,

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante, y

c) Al pago de una pensión mensual liquidada en la misma forma de la asignación de retiro, si el oficial o suboficial hubiere cumplido 15 o más años de servicio.

Ahora bien, respecto a la calidad que deben reunir los beneficiarios y el orden de los mismos, el artículo 185 del citado Decreto 1211 de 1990, establece:

**“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 divide entre los padres así:*

*- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.*

*(...).”*

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, para tener derecho al reconocimiento pensional *post mortem* de un oficial o suboficial fallecido en simple actividad, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos y se encuentren en las siguientes circunstancias: **i) La prestación del servicio militar por espacio de 15 o más años para recibir una liquidación mensual de la misma forma que la asignación de retiro, o en caso contrario si no cumple con el tiempo recibirá una compensación equivalente a 2 años de los haberes y el doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante, ii) En todo caso, tener la calidad de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges.**

- **De la pensión de sobrevivientes en el Régimen General de Pensiones:**

La Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", consagra el Régimen General de Pensiones, cuyo objeto es "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 (...)<sup>3</sup>".

Frente a la contingencia de muerte del afiliado, el Sistema General de Pensiones consagra la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo y establece como requisitos para su obtención los siguientes:

**“ARTICULO 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

<sup>3</sup> Artículo 10 Ley 100 de 1993

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

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

a) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

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

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

**PARÁGRAFO 2o.** <Párrafo INEXEQUIBLE>. . (...)” (Subrayado del Despacho)

El numeral segundo del artículo anteriormente transcrito fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en el sentido de aumentar a cincuenta (50) las semanas que debe haber cotizado dentro de los últimos tres años el afiliado al sistema que fallezca.

Por su parte, respecto al orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, esto es, la vigente al momento del deceso del hijo de la demandante, establecía lo siguiente:

**“ARTICULO. 47.-** <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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 hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones

de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

Por último, frente a la cuantía a reconocer a los beneficiarios de acuerdo con el número de semanas cotizadas, el artículo 48 de la misma normativa consagra:

**“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 (...). (Subrayado del Despacho)

- **De la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales:**

La jurisprudencia emanada desde la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que “la existencia de regímenes especiales en materia pensional era un trato admisible a la luz de los enunciados constitucionales<sup>4</sup>”, sin embargo también ha indicado algunos límites y alcances que se deben tener en cuenta al momento de aplicar los regímenes especiales, frente a estos dijo:

*“(...) el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.*

*(...) la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta<sup>5</sup>”. (Subrayado del despacho)*

Así las cosas, el establecimiento de regímenes pensionales especiales por parte del legislador se ajusta a la Constitución, pero la aplicación de un régimen especial solo es admisible cuando conduzca a una situación más favorable que la que plantea el régimen general, pues la excepción en la aplicación del régimen general debe tener por objeto la protección de bienes o derechos, y por ende no debe resultar discriminatorio.

El criterio anterior también fue adoptado por la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, quien respecto a los regímenes pensionales especiales indicó:

*“(...) a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario 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<sup>6</sup>”.*

<sup>4</sup> Sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>5</sup> Sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>6</sup> Al respecto se pueden ver las siguientes providencias:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010)

Con base en lo anterior, para verificar si estamos en presencia de una situación desfavorable producida por un régimen especial frente al régimen general, que dé como consecuencia la aplicación imperiosa de la norma general, la H. Corte Constitucional ha dicho que se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) La autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) La inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) La carencia de compensación al interior del régimen especial debe ser evidente<sup>7</sup>.

Ahora, dada la falta de uniformidad de criterios en asuntos como el que nos convoca, la Sección Segunda del Consejo de Estado, unificó la jurisprudencia y profirió la sentencia CE-SUJ-SII-010-2018 de fecha 12 de abril de 2018, en la que precisó en términos generales con fundamento en los principios *pro homine o pro persona*, de justicia, igualdad, de inescindibilidad, y favorabilidad y la protección al derecho a la seguridad social, que el régimen de pensión de sobrevivientes aplicable a los soldados conscriptos es el previsto en la Ley 100 de 1993, ante el vacío normativo existente respecto de este personal de la Fuerza Pública, al respecto señaló:

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

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

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

### 3. Del caso concreto

Al expediente se allegaron las siguientes pruebas:

- Derecho de petición radicado el 1 de agosto de 2018, dirigido a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente (fls. 56-61).
- Derecho de petición radica del 25 de septiembre de 2018, dirigido a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, en donde se insiste en la solicitud de reconocimiento pensional radicado el 1º de agosto de 2018 (fl. 63-67)
- Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018 expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se niega la extensión de la jurisprudencia SUJ-10-S2 del 12 de abril de 2018 y en consecuencia niega la pensión de sobrevivientes a la demandante, con la correspondiente constancia de comunicación al apoderado de los solicitantes (fls. 21-27).
- Oficio No.OFI18-852994 MDSGDAGPSAP del 6 de septiembre de 2018 mediante el cual se le solicita a los peticionarios ajusten su petición conforme al artículo 102 del CPACA y se les hace entrega de copia del expediente prestacional del conscripto fallecido (fl. 28).
- Copia del expediente prestacional por muerte del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ (fls.28-51 y 104-131).
- Copia de la solicitud de fecha 1 de agosto de 2018, en donde se pide copia del expediente prestacional del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ y de la certificación de su última unidad de servicios (fl.62)
- Copia del oficio 20183131713381:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 11 de septiembre de 2018, donde el Jefe de la Sección Jurídica de la Dirección de Personal del Ejército Nacional le remite por competencia la solicitud del demandante a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y le certifica

la última unidad donde presto sus servicio el Soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ (fls. 52).

- Copia del registro civil de nacimiento del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ (fls.53).
- Declaración extra proceso de los señores SANDRA MILENA LOMBANA DIAZ y ALEXANDER DIAZ CORREA, sobre la dependencia económica de los señores CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ y MILTON VERGARA VERGARA, respecto de su hijo JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ. (fls54).
- Certificado de defunción de JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ (fls.55).

Para iniciar, se debe señalar que si bien es cierto el acto demandado Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018 expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, niega la extensión de la jurisprudencia SUJ-10-SII del 12 de abril de 2018, lo cual conforme al artículo 102 del CPACA no sería susceptible de control judicial por la vía de la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto se debe agotar el trámite de la extensión de jurisprudencia del artículo 269 ibidem, también lo es, que revisadas las solicitudes de fecha 1º de agosto y 25 de septiembre de 2018, mediante las cuales los señores CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ y MILTON VERGARA VERGARA, solicitan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte su hijo cuando prestaba el servicio militar obligatorio, no solicitaron la extensión de la jurisprudencia de la sentencia SUJ-10-SII del 12 de abril de 2018, es decir que los actores no provocaron la actuación en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, simplemente citaron la sentencia de unificación como fundamento jurídico de sus peticiones, por el contrario, quien pretendió darle el trámite de extensión de jurisprudencia fue la entidad demandada, como se aprecia del oficio No. OFI18-852994 MDSGDAGPSAP del 6 de septiembre de 2018 mediante el cual se le solicita a los peticionarios ajusten su petición conforme al artículo 102 del CPACA (fl.28).

De otro lado de las solicitudes de reconocimiento pensional que obran a los folios 56 a 60 y 63 a 67, los demandantes fueron claros en solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes más no la extensión de jurisprudencia como erróneamente lo entendió la entidad demandada, manteniéndose en su postura a pesar del requerimiento de ajuste de la petición en los términos del artículo 102 del CPACA, por consiguiente en este, caso no nos encontramos frente a un acto que niega extensión de jurisprudencia, sino frente a un acto que negó de fondo el reconocimiento de un derecho pensional, el cual si es susceptible de control judicial por esta vía judicial, a pesar del trámite que le dio la entidad demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizando las pruebas aportadas en el proceso, con los documentos allegados se encuentra acreditado que el señor JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ ingresó al ejército Nacional el 5 de diciembre de 2006 hasta el 24 de febrero de 2008 fecha de su fallecimiento catalogada como muerte en "SIMPLE ACTIVIDAD", por lo que cumplió un tiempo de servicios de 1 año 2 meses y 19 días (fl.122).

En el expediente administrativo se allegó por los peticionarios la declaración extrajudicial de los señores SANDRA MILENA LOMBANA y ALEXANDER DIAZ CORREA (fl. 59 y 112vto a 113), en donde señalaron que conocían de vista, trato y comunicación a los señores JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ, CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ y MILTON VERGARA VERGARA, y que dan fe que el señor JAIRO ENRIQUE VERGARA sostenía a sus padres. Respecto de la anterior declaración, el acto acusado, señala que los testimonios extraproceso no pueden tenerse en cuenta, por cuanto para la época de fallecimiento del soldado no recibía salario alguno, solo una bonificación que no constituye salario y porque en la solicitud de prestaciones económicas los señores MILTON VERGARA y CONSUELO RODRIGUEZ no manifestaron que dependían económicamente del soldado fallecido.

Dentro del proceso, la señora SANDRA MILENA LOMBANA rindió testimonio (fl. 151-154) ratificando la declaración extraproceso que rindió el 16 de mayo de 2018 ante el Notario 51 del Circulo de Bogotá (fl. 59-60), indicándole al Despacho que a los demandantes los conoce hace como 18 años, en la primera comunión de su hijo Enrique, del causante JAIRO ENRIQUE VERGARA le consta que era una persona juiciosa estudiante muy dedicado a la casa que se preocupa mucho por sus papas, que se mantenía pendiente de ellos y se preocupaba por colaborarle, se preocupaba cuando ellos estaban enfermos y nunca los dejó solos. Le consta que la familia estaba conformada por el señor MILTON VERGARA,

CONSUELO VERGARA y sus hijos JULIAN y ENRIQUE, indica que el demandante MILTON VERGARA era independiente, que él trabajaba en abastos y se dedicaba a ayudar en la comercialización de víveres. De igual forma, le consta que la señora CONSUELO RODRÍGUEZ, laboraba en casas de familia. Indica que Jairo Enrique contribuía ayudándoles o colaborándoles con el pago en parte de los servicios públicos de su casa, lo mismo que con el pago de gastos de salud y en parte con el arriendo de su vivienda, sustento económico que daba con lo poco que ganaba en el servicio militar, de vez en cuando les colaboraba a sus padres con un mercado, indicó que el causante era soltero, no tenía hijos y vivía con sus padres, y se ratifica en la declaración extrajuicio que rindió en Bogotá (Dvd fl. 154 min 4:00 al min. 13:20).

De la declaración rendida por la señora SANDRA MILENA LOMBANA, encuentra el Despacho que la testigo fue clara en su relato, y con ella se demuestra que efectivamente el señor JAIRO ENRIQUE VERGARA, aportaba parte de la bonificación que devengaba como soldado regular del ejército nacional para el sostenimiento económico y manutención de sus padres, pues como lo relata la testigo aportaba para el pago de arriendo, servicios públicos y mercado, no era en su totalidad el aporte en la medida que el señor JAIRO ENRIQUE VERGARA, utilizaba parte de esa bonificación para sus gastos personales. Este testimonio no fue tachado por la demandada, por el contrario la testigo contestó las preguntas que le hicieron los apoderados de las partes, por lo que es creíble y ratifica lo señalado por la misma declarante en la declaración extrajuicio que se allegó en sede administrativa.

De otro lado, revisado el expediente administrativo, el Despacho encuentra que a folio 120 vuelto aparece el formato de reconocimiento de prestaciones por muerte del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA, el cual fue diligenciado por sus padres y en efecto en este documento, los peticionarios omitieron marcar la respuesta a la pregunta si dependían económicamente del causante, siendo este otro de los motivos por el cual la entidad demandada niega el reconocimiento. Sobre el particular, el Despacho difiere de lo considerado por la entidad accionada en el acto acusado, pues la omisión en contestar la pregunta, no equivale a una respuesta negativa a la pregunta como la entidad demandada lo intuye, pues basta examinar el contenido de las dos solicitudes de reconocimiento pensional (fl. 56-60 y 63-67), en donde los peticionarios señalan que dependían económicamente del soldado fallecido, por consiguiente, la entidad demandada estableció un indicio de respuesta, sin tener plenamente probado el hecho indicado, el cual fue controvertido en sede administrativa por los peticionarios, tanto en el contenido de la petición como en las declaraciones extraproceso que allegaron al expediente administrativo.

Por lo anterior, el Despacho encuentra que está acreditada la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo JAIRO ENRIQUE VERGARA, indicando que la misma no puede ser total y exclusiva sino que la dependencia económica es en parte de su patrimonio como se acredita en este caso, y no como lo pretende la accionada en sus argumentos de defensa que la dependencia debe ser exclusiva, pues la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, declaró inexecutable la expresión “**de forma total y absoluta**” del literal d) de esa norma, tal y como lo señala la Sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, en donde fue ponente el Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Así mismo, por la muerte del soldado JAIRO ENRIQUE VERGARA mediante Resolución 75732 de 2008 se reconoció a los demandantes por compensación por muerte por un valor total de \$18'022.256, prestación económica que conforme a la sentencia SU-010-S2 del 12 de abril de 2018, resulta incompatible con la pensión de sobrevivientes (fl. 50-51).

En orden a resolver el presente asunto, y dado que lo solicitado es la aplicación del régimen general de pensiones, teniendo en cuenta el vacío normativo que existe en el régimen especial de pensión de sobrevivientes consagrado para los suboficiales de las Fuerzas Militares; considera el Despacho que para el caso de estudio la Ley 100 de 1993 resulta ser la norma aplicable, por ser más favorable para los familiares del soldado fallecido, pues sólo requiere 50 semanas de cotización –según lo dispuesto por la norma que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del aquí causante-, por lo que en el presente caso resulta procedente a la luz del **principio de favorabilidad** consagrado en el artículo 53 de la Constitución, en la medida que ante la falta de norma para los conscriptos en el régimen pensional especial de las Fuerzas Militares, es más beneficioso aplicar las normas del régimen general.

Aplicando la jurisprudencia al caso que nos ocupa, tenemos que el causante, señor JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ, falleció el 24 de febrero de 2008 y, de otro lado, que laboró para el Ejército Nacional acumulando un tiempo de servicios total de un (01) año, dos (02) meses y diecinueve (19) días, tiempo que resulta ser suficiente para acceder a la pensión de sobrevivientes conforme al numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues este equivale a 62,7 semanas de cotización, por consiguiente, sus padres como causahabientes tienen derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes de su hijo, en la medida que no existe persona con mejor derecho.

En consecuencia, procede el Despacho a determinar si los demandantes tienen la calidad de beneficiarios, para así poder acceder a la prestación pretendida, a partir de los presupuestos consagrados en la Ley 100 de 1993, en este sentido, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, encuentra el Despacho que de conformidad con lo acreditado a través de los diferentes medios de prueba allegados y practicados al interior del presente proceso, observa el Despacho que en el presente caso se encuentra acreditada la calidad de progenitores del señor JAIRO ENRIQUE VERGARA, que ostentan los señores **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ y MILTON VERGARA VERGARA**, según consta en el registro civil de nacimiento del causante (fl.53), de igual manera no se demostró que el causante tuviera herederos con mejor derecho.

Por otra parte el requisito de dependencia económica se encuentra plenamente acreditado como se indicó anteriormente con las declaraciones de los señores ALEXANDER DIAZ CORREA y SANDRA MILENA DIAZ CORREA, en las cuales se afirmó de manera coincidente que el causante era el soporte económico de sus padres, destacando que la señora SANDRA MILENA DIAZ CORREA, ratificó en este proceso su declaración, coincidiendo con la que había rendido para el proceso administrativo.

En consecuencia, los demandantes se encuentran inmersos dentro de los supuestos de hecho indicados en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de su hijo JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ, la cual se produjo en simple actividad mientras cumplía con su servicio militar obligatorio.

En consecuencia, el Despacho **declarará la nulidad Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018** expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los demandantes. Así mismo, se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de los señores **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA, a partir del 24 de febrero de 2008** en su condición de padres del señor **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ**.

Ahora bien, la pensión de sobrevivientes se concederá bajo las condiciones previstas en las siguientes reglas de unificación jurisprudencial, contenidas en la parte resolutive de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018:

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

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

*3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como*

*compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.*

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

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

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

En primer lugar, atendiendo a que se encuentra acreditado que **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ** prestó sus servicios durante 1 año, 2 meses y 19 días, equivalentes a 62.7 semanas, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993<sup>8</sup>, sus beneficiarios tienen derecho al reconocimiento del 45% del ingreso base de liquidación, sin que la pensión sea inferior al salario mínimo mensual.

En este sentido, respecto a los factores salariales que constituyen la base de liquidación, no se pueden tener en cuenta los indicados en la demanda, en la medida que el causante no fue vinculado al Ejército Nacional como oficial o suboficial, por lo que el Despacho negará esta pretensión, pues como se señaló en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018, para el cálculo del IBL, se debe tener en cuenta que los conscriptos devengan una bonificación creada por la Ley 48 de 1993, sobre la cual no se generan cotizaciones conforme lo señala el artículo 19 de la Ley 352 de 1997, por lo que para efectos de liquidar la mesada, se debe tener en cuenta el monto del salario mínimo legal vigente conforme al artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

En este caso, como se dijo anteriormente la pensión corresponde al 45% del IBL, y éste último corresponde al salario mínimo, la pensión de sobrevivientes a reconocer a favor de los demandantes es equivalente al salario mínimo legal vigente al fallecimiento del causante, en la medida que el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, establece que la pensión no puede ser inferior a este salario. De otra parte, el Decreto 4965 de diciembre 27 de 2007, fija el salario mínimo para el año 2008, en la suma de \$461.500,00, por lo tanto a los demandantes les corresponde como pensión de sobrevivientes el equivalente a un salario mínimo legal vigente para el 24 de febrero de 2008, en cuotas partes de un 50% para cada uno.

De igual forma la pensión de sobrevivientes deberá ser incrementada, en lo que aumenta anualmente el salario mínimo por ser igual a este, lo anterior en los términos previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

#### **4. Descuentos de lo recibido por concepto de compensación por muerte**

Teniendo en cuenta que el régimen que se debe atender en virtud de la regla de favorabilidad es en su integridad, el contenido en la Ley 100 de 1993, es preciso referirse a la Resolución No.75732 del 16 de abril de 2008 que ordenó el pago de una compensación por muerte con base en el Decreto 2728 de 1968.

Habida cuenta de que la compensación por muerte es una prestación propia del Decreto 2728 de 1968 y no del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, es necesario

<sup>8</sup> **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.”

concluir que deben efectuarse los respectivos descuentos de lo que se hubiere pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, pues ambos regímenes resultan incompatibles, adicionalmente, que la contingencia que cubre tal prestación se encuentra cubierta con el reconocimiento pensional. Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, indicó que en estos casos deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional, lo mismo que la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado y en caso donde el valor actualizado de la compensación por muerte supere el monto del retroactivo pensional, se debe realizar un acuerdo de pago con el fin de que los beneficiarios de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

En consecuencia y teniendo en cuenta que los beneficiarios de la compensación por muerte según la Resolución 7532 del 16 de abril de 2008, fueron los señores **MILTON VERGARA VERGARA y CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ** y los mismos son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que se reconoce, la entidad demandada podrá efectuar el aludido descuento de compensación por muerte en el 100% de lo que recibieron los demandantes, suma debidamente indexada. Sin embargo, en caso que la suma pagada supere el retroactivo pensional, la entidad deberá hacer un acuerdo de pago en los términos de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018.

## 5. Prescripción

Al respecto la regla de unificación de la sentencia del Consejo de Estado<sup>9</sup> señala:

*“ (...)170. Lo anterior, dado que la pensión en caso de muerte estaba prevista en el artículo 275 del mismo estatuto, norma que fue subrogada por la Ley 100 de 1993, artículos 46 a 49 y 73 a 78, referidos a la pensión de sobrevivientes. 171. En ese orden, 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 ibidem, es este último el que corresponde atender. 172. 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. 173. **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.** 174. 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..”*  
(Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, se debe señalar que la reclamación se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, es decir, que una vez se hace exigible el derecho, el titular de la misma cuenta con un **lapso de tres años para solicitarlo** y, el simple reclamo escrito **interrumpe dicho término prescriptivo por otro lapso igual.**

Se tiene que en el presente caso que se radicó derecho de petición con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el **1º de agosto de 2018** (fl. 56); y la demanda se radico el **29 de enero de 2019** (fl.20vto), es decir, dentro de la interrupción de la prescripción, en ese orden de ideas, las mesadas causadas con anterioridad al **1º de agosto de 2015** se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

## 6. Del restablecimiento

Con fundamento en los argumentos transcritos, el Despacho encuentra viable proceder a: i) Declarar la nulidad de la Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018 expedida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor de los demandantes en calidad de progenitores del señor JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ. ii) Ordenar a

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018. Rad: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)

la entidad demandada reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a los señores **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA** en calidad de padres de **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ**. La cuantía de la asignación pensional será equivalente al SALARIO MINIMO LEGAL VIGENTE para el 24 de febrero de 2008, junto con los reajustes al salario mínimo en los términos de los artículos 14 y 48 de la Ley 100 de 1993, aplicando la Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018, correspondiéndole a los demandantes en partes iguales el 50% de la prestación. Igualmente se ordenará el descuento, debidamente indexado, de las sumas que percibió por concepto de compensación por muerte, aplicando las reglas del referido fallo de unificación.

Igualmente, se ordenará la indexación o ajuste de condenas, como lo señala el artículo 187 del C.P.A.C.A., al tenor del cual para decretar tal ajuste, se debe tomar como base el "*Índice de Precios al Consumidor*".

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de los ajustes de salarios y factores que lo constituyen, 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 en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán a partir de la ejecutoria de esta sentencia tal como lo ordena el artículo 192 del C.P.A.C.A.

#### **7. Costas y agencias en derecho.**

En atención a lo señalado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., este Despacho dispondrá no condenar en costas a la parte vencida teniendo en cuenta que la prosperidad de las pretensiones de la demanda es parcial frente al restablecimiento del derecho pretendido, en razón a que no se tuvo en cuenta el IBL pensional señalado en la demanda y la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la apoderada de la entidad demandada.

#### **8. Decisión.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **FALLA:**

**PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de Prescripción de las mesadas pensionales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- Declarar** la nulidad de la **Resolución No. 6012 del 4 de diciembre de 2018** proferido por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL reconocer y pagar** una pensión de sobrevivientes a los señores **CONSUELO RODRIGUEZ MUÑOZ Y MILTON VERGARA VERGARA** en calidad de padres del señor **JAIRO ENRIQUE VERGARA RODRIGUEZ**. La cuantía de la asignación pensional será equivalente al 100% del salario mínimo legal vigente para el **24 de febrero de 2008**, junto con los reajustes al salario mínimo en los términos de los artículos 14 y 48 de la Ley 100 de 1993, aplicando la Sentencia CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018, correspondiéndole a los demandantes en partes iguales el 50% de la prestación.

Las mesadas a reconocer se harán efectivas a partir del **1º de agosto de 2015**, por ocurrencia del fenómeno jurídico de la **prescripción**.

**CUARTO.-** Se ordena el descuento, debidamente indexado, de las sumas que percibieron los demandantes por concepto de compensación por muerte reconocida en la Resolución No.75732 del 16 de abril de 2008, aplicando las reglas de descuento previstas en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018, de conformidad en la parte motiva de la presente providencia.

**QUINTO.** - Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la fórmula utilizada por el Consejo de Estado descrita en la parte motiva.

**SEXTO.** - La demandada queda obligada a disponer de las medidas necesarias, para dar cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, en los términos de los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

**SEPTIMO.- Sin condena** en costas.

**OCTAVO.- Notificar** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

**NOVENO.- Archivar** el expediente, una vez en firme esta providencia, dejando las constancias a que haya lugar en el Sistema de Gestión Judicial siglo XXI.

Se conserva registro del original de esta providencia, en la ubicación compartida de almacenamiento virtual de este Despacho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**FABIO HUÉRFANO LÓPEZ**  
**JUEZ**