



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja,

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: DUBIS PERALTA BUENO

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2014-0003

Agotados los ritos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. A N T E C E D E N T E S

1.1. La demanda:

DUBIS PERALTA BUENO, identificado con cédula de ciudadanía N° 63344510, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fl. 2)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo N° OFI 13-38812 del 2 de septiembre de 2013, por medio del cual la accionada niega la pensión de sobrevivientes a la demandante por el fallecimiento de su esposo José Expedito Castellanos.

1.2.2. Que a título de restablecimiento del derecho se proceda a reconocerle a la demandante, la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$203825 mensuales, a partir del

día 26 de enero de 1997, fecha en que muere en combate el señor José Expedito Castellanos, indexada a la fecha de pago.

1.2.3. Que se ordene a la parte demandada por medio de la sentencia, a incluir dentro del sistema de salud de las fuerzas militares a los demandantes en calidad de pensionados.

1.2.4. Que se condene en costas a la parte demandada.

1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 35 a 36):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el señor José Expedito Castellanos fue vinculado al Ejército Nacional desde el día 23 de agosto de 1991 hasta el día de su muerte el 26 de enero de 1997.

1.3.2. Que el señor José Expedito Castellanos, fue dado de baja de la institución por muerte el día 26 de enero de 1997, cuando llevaba activo 5 años y 4 meses, es decir 260 semanas.

1.3.3. Que posteriormente el Ministerio de Defensa Nacional emite la Resolución N° 07923 del 2 de julio de 1997 en la que reconocen el pago de cesantía y compensación por muerte del cabo primero, pero nada deciden respecto a la pensión de sobrevivientes.

1.3.4. Que el día 9 de julio de 2013, la apoderada de la parte demandante dirigió solicitud de pensión de sobrevivientes al Ministerio de Defensa, razón por la cual la accionada el día 2 de septiembre del 2013 mediante escrito OFI 13-38812 da respuesta de fondo a la solicitud formulada por la parte actora, en la cual se informa que según el Decreto 2728 de 1968 no hay lugar a reconocimiento alguno de pensión de sobrevivientes, y que ya se había otorgado lo que se tenía que otorgar mediante Resolución N° 07923 de 1997, resolución que otorga el pago de compensación por muerte y el pago de la cesantía, pero frente a la pensión de sobrevivientes, no la concede ni la niega.

1.3.5. Que la demandante dependía económicamente de su fallecido esposo, con quien convivió desde 1990 hasta 1996, y el 26 de abril de 1996 en la Notaria 8 del círculo de Bucaramanga contraen matrimonio.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fls. 4 a 9):

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

- ✚ De orden Constitucional: artículos 6, 13, 29, 53.
- ✚ De orden legal: Ley 100 de 1993, artículos 46 y subsiguientes
- ✚ Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado

Como concepto de la violación, se arguye que la demandante tiene derecho a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo José Expedito Castellanos, pues si bien al momento de la muerte se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968 para los miembros del Ejército Nacional, lo cierto es que este no es compatible con el cambio sufrido por el sistema jurídico colombiano a través de la Constitución Política de Colombia de 1991, toda vez que no consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de un suboficial, razón por la cual indica que en aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad debe darse aplicación al régimen general de la Ley 100 de 1993, que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes para aquellos familiares del trabajador que hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas, para lo cual se deben contabilizar las semanas cotizadas durante el tiempo que presto el servicio militar obligatorio, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día diecisiete (17) de enero de 2014 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (Vlto. Fl. 11).

Posteriormente, y luego de ser subsanada la demanda, mediante auto del diecisiete (17) de marzo de 2014 notificado mediante estado N° 10 del dieciocho (18) de marzo de 2014, se admitió la demanda (Fls. 39-40) y se ordenó la notificación personal a la accionada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 44 a 47 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de

2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 48), luego de lo cual se corrió traslado de las excepciones propuestas por la accionada desde el día 15 y hasta el 17 de septiembre de 2014.

Posteriormente, de las pruebas documentales allegadas con la contestación de la demanda, mediante auto del 18 de enero de 2015 se hizo necesario integrar el Litis consorcio necesario por activa con la señora Ninfa Zenaida Rivera Cauca, en calidad de presunta compañera permanente del señor José Expedito Castellanos, y con su hijo Diego Armando Castellanos Rivera (fls. 78-91), a quienes se les notificó la demanda mediante curador Ad-Litem designado en auto del 26 de agosto de 2015 (fls. 108-109, 116-117)

Efectuado lo anterior, se les corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por los artículo 172 y 175 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 48).

Así, transcurrido tal término, mediante auto del veintiocho (28) de enero del año 2016 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (Fls. 120-121).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veintitrés (23) de febrero del año 2016, según consta en el acta que reposa a folios 123 a 128 del expediente, de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día diecinueve (19) de abril del 2016, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 205-209), diligencia en la que se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda.

2.1.1. Nación – Ministerio de Defensa Nacional:

La apoderada de la entidad accionada, con la contestación de la demanda, manifiesta oponerse a todas las pretensiones planteadas en la demanda, toda vez que el régimen

salarial y prestacional de la Fuerza Pública es un régimen especial que difiere en su aplicación para el reconocimiento y pago, de lo dispuesto por el legislador en el Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993, por lo tanto dicho régimen general no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, sino que deben reconocerse las prestaciones sociales consagradas en el Decreto 1211 de 1990. En este sentido, afirma que de conformidad con el decreto en cita, las pruebas aportadas y las circunstancias bajo las cuales murió el señor José Expedito Castellanos, no se cumple con el presupuesto legal en el literal c) del Decreto 1211 de 1990, es decir los 15 años de servicio, para que por el tesoro público se le pague una pensión mensual.

2.1.2. Ninfa Zenaida Rivera Cauca y Diego Armando Castellanos Rivera, quienes integran el Litis consorcio necesario por activa, conforme se expuso en auto del 18 de enero de 2015 (fls. 78-91):

Dentro del término de traslado de demanda otorgado por este Despacho, el curador Ad-Litem designado mediante auto del 26 de agosto de 2016 para Ninfa Zenaida Rivera Cauca y Diego Armando Castellanos Rivera (fls. 108-109), guardó silencio.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Oficio N° OFI113-38812 MDNSGDAGPSAP del 02 de septiembre de 2013, mediante el cual la entidad accionada niega a la demandante la solicitud elevada tendiente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente. (fls. 12-13)
- ✓ Copia autentica del Registro Civil de Matrimonio de la señora Dubis Peralta Bueno y el señor José Expedito Castellanos (fl. 14)
- ✓ Copia del Registro Civil de Defunción del señor José Expedito Castellanos, que tiene como fecha de defunción el 26 de enero de 1997. (fl. 15)
- ✓ Copia auténticas de la Resolución N° 07923 del 02 de julio de 1997, mediante la cual se reconoce a la señora Dubis Peralta Bueno y al menor Diego Armando Castellanos Rivera las prestaciones sociales consolidadas por la muerte de José Expedito Castellanos correspondiente a las cesantías definitivas y la compensación por muerte. (fls. 16-19)
- ✓ Copia del desprendible de nómina N° 009049 del señor José Expedito Castellanos (fl. 20)
- ✓ Declaraciones extra proceso rendidas por Jorge Puerto Rodríguez, Olga Fuentes Archila, Celio Manuel Racini Cavadias, Blanca Nieves Bueno, Rosalía Calderón Palancia

y Jaime Eladio Cárdenas, rendidas en la Notaria Sexta de Bucaramanga los días 29 y 30 de octubre de 2013, en la que manifiestan que conocen a la señora Dubis Peralta Bueno y que les consta que convivió en unión marital con el señor José Expedito Castellanos desde el año 1990 hasta el año 1996, que en el año 1996 contrajeron matrimonio y que la demandante dependía económicamente para su subsistencia de su esposo hasta el día en que falleció (fls. 21-23)

- ✓ Copia autentica del expediente administrativo del señor José Expedito Castellanos (fls. 149-165, 218-234, Anexo 1)
- ✓ Certificación de tiempo de servicio del señor José Expedito Castellanos (fls. 167, 169-170)
- ✓ Certificaciones de los haberes devengados por el señor José Expedito Castellanos desde julio de 1994 hasta abril de 1997. (fls. 171-204)
- ✓ Testimonios de los señores CELIO MANUEL RACINI CADAVIDAS, BLANCA NIEVES BUENO y ROSALIA CALDERON PALENCIA recepcionados en audiencia de pruebas celebrada el día 19 de abril de 2016. (fl. 211)

2.3. Alegatos de conclusión.

2.3.1. Alegatos de la parte demandante (fls. 212-215):

En suma, reitera los argumentos presentados en el escrito de demanda, agregando que se probó la vinculación del señor José Expedito Castellanos con la entidad demandada desde el 23 de agosto de 1991 hasta el 26 de enero de 1997, su fallecimiento, la convivencia que mantuvo con la demandante, la calidad de cónyuge del mismo que tiene la demandante y la dependencia económica de la demandante con el señor José Expedito Castellanos; así mismo enfatizo que el hecho de que el señor José Expedito Castellanos perteneciera a las Fuerzas Armadas y cumpliera labores militares no implica que su situación sea sustraída del campo de aplicación.

2.3.2. Alegatos de la entidad demandada y del curador Ad-Litem de Ninfa Zenaida Rivera Cauca y Diego Armando Castellanos Rivera:

La entidad accionada y el curador Ad-Litem de Ninfa Zenaida Rivera Cauca y Diego Armando Castellanos Rivera, en el término concedido para presentar sus escritos de alegatos de conclusión, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

2.1. Problema Jurídico:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° OFI13-38812 del dos (02) de septiembre de 2013, por medio del cual la entidad accionada reiteró lo decidido en la Resolución N° 07923 del 02 de julio de 1997, mediante la cual la entidad accionada solo reconoció el pago de las cesantías y la compensación por muerte a los beneficiarios del Cabo Primero José Expedito Castellanos (Q.E.P.D.) y no la pensión de sobreviviente. Para efectos de dictar sentencia dentro del presente proceso, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Determinar si se cumplen los presupuestos legales previstos en la Ley 100 de 1993, para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios del Cabo Primero José Expedito Castellanos (Q.E.P.D.) en aplicación del principio de favorabilidad?

¿Determinar quienes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente por la muerte del Cabo Primero José Expedito Castellanos (Q.E.P.D.)?

2.2. Cuestiones previas.-

1.2.3. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas o bien durante el trámite de la audiencia inicial adelantada el día veintitrés (23) de febrero del año dos mil dieciséis (2016) (Fls. 123-128) o, durante el trámite de la audiencia de pruebas (fls. 205-209), sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a

partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a resolver los problemas jurídicos planteados, para lo cual se exponen los siguientes:

2.3. Argumentos y sub argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

En orden a resolver los problemas jurídicos planteados, el Despacho procederá a determinar si la demandante y los que integraron el Litis Consorcio por activa tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993 con ocasión del fallecimiento del señor José Expedito Castellanos y en aplicación del principio de favorabilidad, frente al régimen especial consagrado para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales del Decreto N° 1211 de 1990. En este sentido, el Despacho analizara: (i) La naturaleza de la pensión de sobreviviente, (ii) La pensión especial de sobreviviente para los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales fallecidos, (iii) La pensión de sobreviviente en el régimen general de pensiones, (iv) El principio de favorabilidad, (v) La aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales, y (vi) El caso concreto.

2.3.1. De la naturaleza de la pensión de sobreviviente:

La pensión de sobreviviente ha sido instituida por el legislador a fin de brindar protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, pues con esta se pretende evitar *"que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección"*² y, por tanto, busca que *"las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido"*³.

¹ Ver el artículo 626

² sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006

³ sentencia C-1094 de noviembre 19 de 2003

Respecto de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, indicó que en desarrollo de los principios de justicia retributiva y de equidad, *"la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"*.

2.3.2. De la pensión especial de sobreviviente para los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales fallecidos:

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 consagra 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;

(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 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. - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.*
- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.*
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”*

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, para tener derecho al reconocimiento pensional post mortem de un oficial o suboficial fallecido, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos y se encuentren en las siguientes circunstancias:

- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 12 o más años y la muerte del oficial o suboficial en combate, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.

- ✓ La muerte del oficial o suboficial en combate, sin importar el tiempo de servicio, en este caso la pensión equivale al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.
- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 12 o más años y la muerte del oficial o suboficial en misión del servicio, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.
- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 15 o más años y la muerte del oficial o suboficial simplemente en actividad, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.
- ✓ En todo caso, tener la calidad de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges.

2.3.3. De la pensión de sobreviviente 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 (...)"⁴

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. 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 hubiera 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. (...)"

⁴ Artículo 10 Ley 100 de 1993

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 las semanas que debe haber cotizado dentro de los últimos tres años el afiliado al sistema que fallezca.

Respecto al orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de dicha Ley 100 de 1993 establece lo siguiente:

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

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

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante [por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez y] hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido⁵;

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 del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y*

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.*

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.

(...)"

2.3.4. Del principio de favorabilidad:

⁵ Aparte en corchetes declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01 Expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

El principio de favorabilidad fue consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de la siguiente manera:

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

... situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”

Así, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, es decir opera en los casos en (i) Que exista controversia respecto de la aplicación de dos normas, ó en caso de (ii) Que exista una sola norma que admite diversas interpretaciones.

Según la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad tiene dos elementos: i) la noción de *duda* ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y ii) la noción de interpretaciones concurrentes⁶.

Sobre el primer elemento, la Corte ha indicado que “*la duda debe revestir un carácter de seriedad y objetividad*” y que éstas características “*dependen a su vez de la **razonabilidad de las interpretaciones***” y de su “*fundamentación y solidez jurídica*”. Así las cosas, y dada la importancia de la razonabilidad de una interpretación dentro del principio de favorabilidad, señalo algunos criterios que permiten identificar una interpretación como razonable, esto son: “i) *La correcta fundamentación jurídica de las interpretaciones, que comporta la adecuación al marco normativo respectivo y a la interpretación autorizada de las normas constitucionales; ii) La aplicación administrativa y judicial reiterada; y iii) La correcta argumentación jurídica, de manera que se proscriba la arbitrariedad del operador jurídico.*”⁸

Respecto del segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además, “*ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto*

⁶ Sentencias T-248-08, T-545-04 y T-871 de 2005.

⁷ Sentencia T-871-05.

⁸ Sentencia T-248-08.

es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas⁹

En este orden de ideas la aplicación del principio de favorabilidad tiene su origen en un juicio de pertinencia y conveniencia que debe hacer el juez cada vez que surja duda frente a la aplicación de dos normas u ordenamientos legales vigentes que regulen aspectos en común ó una sola norma que admite diversas interpretaciones.

2.3.5. 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 constitucionales¹⁰"*, 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 Carta¹¹"
(Negrilla fuera de texto)

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

⁹ Ibidem.

¹⁰ sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹ Sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

protección de bienes o derechos, y por ende no debe resultar discriminatorio. Al respecto en pronunciamiento más reciente indico la citada Corporación:

“La regulación de regímenes especiales de pensiones se ajusta a la Constitución, siempre y cuando establezcan un nivel de protección igual o superior al dispuesto para la generalidad de la población, pues el tratamiento dista de ser discriminatorio en la medida en que favorece a los trabajadores a quienes se aplica. Esta regla se complementa con la tesis, según la cual, una persona que es titular de un beneficio prescrito en un régimen especial no puede ser objeto de otro tipo de prestaciones del régimen general, individualmente consideradas.”¹²

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.”*¹³

Ahora bien, 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 evidente¹⁴.

2.4. Caso en concreto:

Como se indicó en el acápite de antecedentes, **la parte actora** arguye que la demandante tiene derecho a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo José Expedito Castellanos, pues si bien al momento de la muerte se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968 para los miembros del Ejército Nacional, lo cierto es que este no es compatible con el cambio sufrido por el sistema jurídico colombiano a través de la

¹² Sentencia T-547 de 2012

¹³ 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)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07)

¹⁴ Sentencia T-167 de marzo 11 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Constitución Política de Colombia de 1991, toda vez que no consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de un suboficial, razón por la cual indica que en aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad debe darse aplicación al régimen general de la Ley 100 de 1993, que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes para aquellos familiares del trabajador que hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas, para lo cual se deben contabilizar las semanas cotizadas durante el tiempo que presto el servicio militar obligatorio, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

La **entidad demandada**, por el contrario, manifiesta que el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública es un régimen especial que difiere en su aplicación para el reconocimiento y pago, de lo dispuesto por el legislador en el Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993, por lo tanto dicho régimen general no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, sino que deben reconocerse las prestaciones sociales consagradas en el Decreto 1211 de 1990. En este sentido, afirma que de conformidad con el decreto en cita, las pruebas aportadas y las circunstancias bajo las cuales murió el señor José Expedito Castellanos, no se cumple con el presupuesto legal en el literal c) del Decreto 1211 de 1990, es decir los 15 años de servicio, para que por el tesoro público se le pague una pensión mensual

A su vez, el curador Ad- Litem designado mediante auto del 26 de agosto de 2016 para **Ninfa Zenaida Rivera Cauca y Diego Armando Castellanos Rivera** (fls. 108-109), quienes integran el Litis consorcio necesario por activa -conforme se expuso en auto del 18 de enero de 2015 (fls. 78-91)-, dentro del término de traslado de demanda y dentro del término para presentar alegatos de conclusión otorgados por este Despacho, guardo silencio.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, encuentra el Despacho acreditado lo siguiente:

- ✓ Que el señor José Expedito Castellanos contrajo matrimonio con la señora Dubis Peralta Bueno el día veintiséis (26) de abril de 1996 (fl. 14)
- ✓ Que según consta en la copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 5 del anexo N° 1, el señor José Expedito Castellanos, el día 22 de abril de 1989, tuvo un hijo con la señora Ninfa Zenaida Rivera, a quien llamaron Diego Armando Castellanos Rivera.

- ✓ Que actualmente el joven Diego Armando Castellanos Rivera cuenta con 27 años de edad (fls. 18 anexo 1)
- ✓ Que, según las declaraciones extra proceso rendidas por Celio Manuel Racini Cavadias, Blanca Nieves Bueno, Rosalía Calderón Palancia y Jaime Eladio Cárdenas, rendidas en la Notaria Sexta de Bucaramanga el día 29 de octubre de 2013, la señora Dubis Peralta Bueno convivió en unión marital con el señor José Expedito Castellanos desde el año 1990 hasta el año 1996, en el año 1996 contrajeron matrimonio y la demandante dependía económicamente para su subsistencia de su esposo hasta el día en que falleció (fls. 22-23)
- ✓ Que en declaración extra proceso rendida Lucila González Gómez en la Notaria Sexta de Bucaramanga el día 28 de enero de 1997, manifestó que conoció en vida a José Expedito Castellanos y también a su compañera Ninfa Zenaida Rivera Cagua, y que *"ellos convivieron como marido y mujer por espacio de nueve años en forma permanente. El falleció el día 25 de enero de 1997 en chiquinquirá en un atentado. De esta unión quedó un hijo Diego Armando Castellanos Rivera. Ninfa Zenaida Rivera Cagua convivió con él hasta el momento de su fallecimiento"*. (fl. 87 del anexo 1)
- ✓ Que en declaración extra proceso rendida Jhony Jair Moscoa Izquierdo en la Notaria Sexta de Bucaramanga el día 28 de enero de 1997, manifestó que conoce a Ninfa Zenaida Rivera Cagua y que *"desde hace nueve años ella convivió con José Expedito Castellanos, hasta el momento de su fallecimiento, él murió el 25 de enero de 1997 en Chiquinquirá en forma violenta (...)"*. (fl. 87 del anexo 1)
- ✓ Que en declaraciones extra proceso rendidas Jaime Amaya y Celio Manuel Racini Cadavias en la Notaria Octava de Bucaramanga el día 28 de enero de 1997, manifestaron que conocen a Dubis Peralta Bueno desde hace aproximadamente 10 años y que les consta que *"era casada con José Expedito Castellanos (...) quien falleció el 26 de enero de 1997, que hasta la fecha de su fallecimiento su esposa vivió con él, y que dependía económicamente de él (...)"* (fl. 88 anexo N° 1)
- ✓ Que en testimonio del señor CELIO MANUEL RACINI CADAVIAS, recepcionado por este Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 19 de abril de 2016,

manifestó: "Que conoció al señor José Expedito Castellanos por la relación que existió con él porque él fue cabo primero del ejército y el testigo es sargento primero en uso del buen retiro, entonces había una amistad con él, y conocía a la señora Dubis porque eran novios. / Que hace unos 25 o 26 años se dio cuenta de que existía un noviazgo con la señora Dubis Peralta en ese entonces hasta que a él lo mataron. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta Bueno vivieron un tiempo unidos y después se casaron, y después sucedió rápidamente el deceso de él. / Que la señora Dubis Peralta Bueno dependía económicamente del señor José Expedito Castellanos. / Que no conoce a la señora Ninfa Zenaida Rivera Cauca ni a Diego Armando Castellanos Rivera. / Que no conoció a ninguna otra compañera del señor José Expedito Castellanos diferente a la señora Dubis Peralta Bueno. / Que no conoció ningún hijo del señor José Expedito Castellanos." (fl. 211)

- ✓ Que en testimonio de la señora BLANCA NIEVES BUENO, recepcionado por este Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 19 de abril de 2016, manifestó: "Que Dubis Peralta es su hija y que ella y el señor José Expedito Castellanos fueron novios, en el 1990 se unieron en unión libre, en el año 1996 se casaron y ella dependía de él porque ella estaba estudiando. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta tenían una relación de esposos normal, vivieron muchos años los dos en su casa. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta convivieron hasta antes del fallecimiento del señor José Expedito Castellanos. / Que conoció a la señora Ninfa Zenaida Rivera Cauca en el momento del velorio cuando ella llegó con un niño y todos empezaron a decir que el niño era del señor José Expedito Castellanos. / Que actualmente la señora Dubis Peralta Bueno esta sin trabajo, que ella a veces trabaja con contratos de 6 meses o 9 meses y vuelve y se queda sin trabajo. / Que no ha vuelto a ver a la señora Ninfa Zenaida Rivera Cauca ni a su hijo. / Que no tiene conocimiento de que el señor José Expedito Castellanos haya tenido otra relación diferente a la que tenía con la señora Dubis Peralta" (fl. 211)
- ✓ Que en testimonio de la señora ROSALIA CALDERON PALENCIA, recepcionado por este Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 19 de abril de 2016, manifestó: "Que conoce a la señora Dubis Peralta Bueno desde hace más de 25 años por cuanto vive en el mismo barrio, conoce que fue novia del señor José Expedito. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta

tuvieron un noviazgo común y corriente, después se fueron a vivir con la mamá, y después de unos cinco años se casaron. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta tuvieron una relación normal de novios, él la cuidaba mucho, estaba pendiente de ella y de sus cosas, tuvieron un noviazgo muy formal. / Que el señor José Expedito Castellanos y la señora Dubis Peralta convivían en donde la señora Blanca, en la misma casa. / Que la señora Dubis Peralta dependía del señor José Expedito Castellanos porque en ese tiempo era estudiante. / Que no conoce a la señora Ninfa Zenaida Rivera Cauca ni a Diego Armando Castellanos Rivera. / Que no conoció a ninguna otra compañera del señor José Expedito Castellanos diferente a la señora Dubis Peralta Bueno. / Que no conoció ningún hijo del señor José Expedito Castellanos. / Que en la actualidad la señora Dubis Peralta ha tenido trabajos por cortos tiempos” (fl. 211)

- ✓ Que el señor José Expedito Castellanos (q.e.p.d.), presto sus servicios como Suboficial del Ejército Nacional, por el tiempo transcurrido entre el 05 de septiembre de 1990 hasta el 26 de enero de 1997, tiempo durante el cual le realizaron aportes para retiro (fls. 167-170, 234, 171-204)
- ✓ Que, según consta en el registro civil de defunción, el señor José Expedito Castellanos falleció el día 26 de enero de 1997. (fl. 15)
- ✓ Que según concepto obrante a folio 219 e informe obrante a folio 42 del anexo N° 1, la muerte del señor José Expedito Castellanos ocurrió simplemente en actividad.
- ✓ Que en atención a la muerte del señor José Expedito Castellanos, las señoras Dubis Peral Bueno y Ninfa Zenaida Rivera Cagua solicitaron el reconocimiento de las prestaciones sociales, y en respuesta a lo solicitado el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución N° 07923 del 02 de julio de 1997, reconoció a la señora Dubis Peralta Bueno y al menor Diego Armando Castellanos Rivera las prestaciones sociales consolidadas por la muerte de José Expedito Castellanos correspondientes a las cesantías definitivas y a la compensación por muerte. (fls. 16-19, 99 y 103 del anexo N° 1)
- ✓ Que el día 09 de julio de 2013, la señora Dubis Peralta Bueno solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor José Expedito Castellanos, petición que fue resuelta negativamente por el

Ministerio de Defensa mediante Oficio N° OFI13-38812 MDNSGDAGPSAP del 02 de septiembre de 2013. (fls. 12-13)

En orden a resolver el presente asunto, y dado que lo solicitado es la aplicación del régimen general de pensiones frente al régimen especial de pensión de sobreviviente consagrado para los suboficiales de las Fuerzas Militares, debe decir el Despacho que vistos como quedaron dichos regímenes en los acápites anteriores, se encuentra que existe una diferencia ostensible entre ellos en cuanto a los requisitos para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 1211 de 1990 exige la prestación del servicio militar por más de 15 años cuando la muerte ocurre simplemente en actividad, la Ley 100 de 1993 resulta ser más beneficiosa para los familiares del afiliado fallecido, pues sólo requiere 26 semanas de cotización –norma vigente al momento del fallecimiento del aquí causante, señor José Expedito Castellanos (q.e.p.d.)-.

Ante la anterior circunstancia, tanto la H. Corte Constitucional en sede de tutela como el H. Consejo de Estado han precisado que aun cuando el personal de las Fuerzas Militares cuente con un régimen especial de pensión de sobreviviente, en determinados casos es posible aplicarles la pensión de sobreviviente consagrada en el régimen general de pensiones, pues –conforme se expuso en el acápite en el que se analizó la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional ante la existencia de regímenes especiales- la aplicación de un régimen especial solo es admisible cuando conduzca a una situación más favorable que la que plantea el régimen general, ya que 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, taxativamente ha indicado la H. Corte Constitucional:

“4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)¹⁵ y 217¹⁶ de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas

¹⁵ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”

¹⁶ El artículo 17 de la CP, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹⁷.

(...)

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.¹⁸

En pronunciamiento más reciente el H. Consejo de Estado indicó:

"Bajo ese entendido, y dado que existe un vacío normativo en el régimen especial de las Fuerzas Militares frente a aquellos Soldados Profesionales que fallecen después de que son retirados del servicio, como en el presente caso, se debe entonces concluir que es el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, el que le resulta aplicable al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), puesto que para el momento en que se declaró su muerte presunta, ya no hacía parte de las Fuerzas Militares.

Lo anterior, por cuanto existe la posibilidad de aplicar el régimen general cuando exista una discriminación entre uno y otro régimen, cuando la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de esta situación de desigualdad, es preciso indicar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta Corporación han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto establezcan beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir que sean superiores a los del común de la población, porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que establecen el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.¹⁹

Aplicando la jurisprudencia anteriormente transcrita al caso que nos ocupa, tenemos que el causante, señor José Expedito Castellanos (q.e.p.d.), falleció el veintiséis (26) de enero de 1997, según reposa en el acta de defunción obrante a folio 15, y de otro lado que

¹⁷ Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia de 31 de agosto de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015)

laboró como suboficial al servicio del ejército nacional desde el 05 de septiembre de 1990 hasta el 26 de enero de 1997, para un total de 6 años, 4 meses y 21 días, de acuerdo a los certificados de tiempo de servicio obrantes a folios 167 y 234, tiempo que resulta ser insuficiente frente al requisito que establece el literal c) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990 para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente para el caso de que la muerte del causante haya ocurrido simplemente en actividad, esto es haber prestado el servicio militar durante 15 años.

Así las cosas, se encuentra que en el presente caso, en virtud del principio de favorabilidad, es procedente aplicar el régimen general de pensiones, en tanto el régimen especial de pensión de sobreviviente consagrado para los beneficiarios del Suboficial José Expedito Castellanos (q.e.p.d.), resulta ser más exigente frente al general, en consecuencia procede el Despacho a determinar si los beneficiarios puede acceder a la prestación pretendida, a partir de los presupuestos consagrados en la Ley 100 de 1993, pues los requisitos que se exigen en esta le son más favorables que aquellos previstos en el Decreto 1211 de 1990. Lo anterior, no sin antes aclarar que en el asunto bajo estudio sólo se analizara el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta la modificación que sobre la misma hizo la Ley 797 de 2003, pues al momento del fallecimiento del causante solo se encontraba vigente la primera y no así la segunda.

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, encuentra el Despacho que en efecto el señor José Expedito Castellanos (q.e.p.d.) cumplía con los requisitos exigidos en el literal a del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues al momento de su fallecimiento se encontraba afiliada al Ministerio de Defensa Nacional y había cotizado más de 26 semanas antes de su fallecimiento, según se observa del certificado de tiempo de servicios obrante a folios 167 y 234.

Ahora bien, teniendo clara la resolución del primer problema jurídico planteado, esto es que se cumplen los presupuestos legales previstos en la Ley 100 de 1993 para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios del Cabo Primero José Expedito Castellanos en aplicación del principio de favorabilidad, procede el Despacho a analizar el segundo problema jurídico consistente en **¿Determinar quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente por la muerte del Cabo Primero José Expedito Castellanos?**

Lo anterior dado que, si bien la demanda dentro del proceso de la referencia fue presentada la señora Dubis Peralta Bueno, en la calidad de cónyuge del señor José Expedito Castellanos, lo cierto es que –en atención a las pruebas documentales allegadas por la entidad accionada durante la contestación de la demanda- mediante auto del 26 de agosto de 2015 se integró el Listis Consorcio necesario por activa con la señora Ninfa Zenaida Rivera Cacua, en calidad de presunta compañera del señor José Expedito Castellano, y con su hijo Diego Armando Castellanos Rivera (fls. 78-81)

En este sentido, y de conformidad con las pruebas expuestas con anterioridad- observa el Despacho que en el presente caso se encuentra acreditada con suficiente certeza la calidad de cónyuge del señor José Expedito Castellanos que ostenta la señora Dubis Peralta Bueno, pues -además de que fue allegado el registro civil de matrimonio celebrado entre los mismos el día 26 de abril de 1996 (fl. 14)- este Juzgado recepcionó los testimonios solicitados por la parte accionante del señor CELIO MANUEL RACINI CADAVIDAS y las señoras BLANCA NIEVES BUENO y ROSALIA CALDERON PALENCIA, con los que quedo suficientemente demostrada la comunidad de vida permanente del señor José Expedito Castellanos con la señora Dubis Peralta Bueno con anterioridad al fallecimiento del mismo y por un tiempo aproximado de 7 años.

Por el contrario, lo anterior no se puede predicar de la señora Ninfa Zenaida Rivera Cacua, pues de las pruebas obrantes en el expediente no tiene el Despacho ni siquiera un indicio de que la misma hubiese convivido con el señor José Expedito Castellanos y/o hubiese existido una unión marital de hecho entre los dos, pues si bien dentro del expediente administrativo allegado por la entidad demandada se encuentra copia de una declaración extra juicio rendida por Jhony Jair Moscoa Izquierdo y Lucila González Gómez ante la Notaria Sexta de Bucaramanga el día 28 de enero de 1997, en la que manifiestan que la señora Ninfa Zenaida Rivera Cacua convivía con el señor José Expedito Castellanos, lo cierto es que –conforme el inciso final del artículos 188²⁰ y el artículo 222²¹ del C.G.P.- dicha declaración no puede ser aceptada como medio probatorio de la calidad de

²⁰ **Artículo 188. Testimonios sin citación de la contraparte.**
(...)

A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

²¹ **Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso.**

Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

compañera permanente, toda vez que la misma no se encuentra ratificada dentro del presente expediente, a pesar de que este Despacho Judicial desplego toda la actuación judicial pertinente para dicho fin²² –pues en audiencia inicial del 23 de febrero de 2016 se decretaron los testimonios de los mismos, sin embargo –como se indicó en la audiencia de pruebas (vlto. Fl. 207)- no pudieron ser recepcionados dado que enviados los oficios a la dirección que registraron como de su residencia en dicha declaración, los mismos fueron devueltos por la empresa de mensajería con las causales de "No reside" y "No existe número".

Lo anterior tiene pleno respaldo en la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, en la que dijo:

"(...) en lo relacionado con el monto de dicho perjuicio, la Sala advierte que, contrario a lo aducido por el actor, no es posible valorar la declaración extra juicio obrante en el expediente (f. 30 c.1), pues ello no sólo va en contravía de las normas procesales vigentes, sino que implica una clara violación del derecho que le asistía a la demandada de poder controvertirla.

En efecto, de conformidad con el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, el testimonio rendido, para fines judiciales y sin citación de la parte contraria, ante notario o alcalde, sólo puede ser tenido en cuenta como prueba sumaria en aquellos asuntos para los cuales la ley autoriza esa clase de prueba y éste no es el caso en materia de reparación directa donde los perjuicios deben estar plenamente acreditados.

Adicionalmente, dado que la entidad demandada, esto es, la DIAN, no fue citada y, por lo tanto, no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción específico a este tipo de prueba y consustancial al del debido proceso, la declaración rendida por el señor Triana Acosta y aportada al expediente por la

²² Actuación efectuada de conformidad con la jurisprudencia emanada desde la H. Corte Constitucional en la que dicha Corporación ha sido enfática en manifestar que "La exigencia de la ratificación de testimonios extra juicio constituye un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en los eventos en los que el juez puede decretar dicho requisito oficiosamente para garantizar la justicia material en el proceso", respecto del tema más ampliamente indico la H. Corte Constitucional en sentencia T-363 de 2003:

"De manera que la jurisprudencia autorizada en cuanto a la ratificación de testimonios y su valoración dentro del proceso, determina que frente a la ausencia de esta el juez bien puede: (i) darles el tratamiento de documentos declarativos provenientes de terceros –artículo 277 del C.P.C.-; o bien, (ii) ordenar oficiosamente la ratificación que establece el artículo 229 del C.P.C. al considerar que resulta necesario el esclarecimiento de elementos de juicio en el proceso y para garantizar los derechos de defensa y contradicción de la parte contraria, con lo cual se constituyen en testimonios válidos dentro del proceso.

(...)

Este requisito (la ratificación) tiene importancia en tanto garantiza el respeto de los derechos al debido proceso y a la defensa de la parte contraria en el proceso, la cual no tiene la oportunidad de controvertir tales pruebas en el marco del proceso ordinario. Empero, en criterio de la Corte, este razonamiento no es obstáculo para que el juzgador cumpla con las obligaciones y deberes que le impone el ordenamiento jurídico, en particular la utilización de las facultades y medios que este le otorga para lograr la justicia material y la eficacia de los derechos fundamentales, especialmente, entratándose de asuntos propios de la justicia laboral y de la seguridad social.

(...) resulta una inconsistencia pragmática, que el juzgador evidencie la carencia de un elemento necesario para impartir justicia y que no utilice las facultades oficiosas que le provee el ordenamiento jurídico para subsanarla.

(...) cuando del ámbito laboral y de la seguridad social se trata, no opera el esquema de justicia rogada aplicable a otros ámbitos jurisdiccionales, en tanto deben cumplirse fines esenciales del Estado y de la justicia en particular, y porque tales ámbitos de regulación están revestidos de principios constitucionales de especial observancia. En este contexto, en virtud de las facultades otorgadas por la ley y la obligación constitucional de los jueces de garantizar los derechos de quienes acuden ante la justicia, la Juez 1º Municipal de pequeñas causas laborales de Pereira debió decretar oficiosamente las pruebas o las ordenes complementarias pertinentes que hubiere considerado necesarias para resolver la controversia suscitada, si consideraba que debía garantizarle los derechos de contradicción y defensa a la parte demandada en el proceso."

parte actora no puede ser tenida en cuenta, menos aun cuando, como se consideró en el auto mediante el cual se negó la solicitud de practicar diligencia de ratificación, realizada en la sustentación del recurso de apelación, el actor no insistió en su práctica en la oportunidad debida, esto es, antes de que se corriera el traslado para alegar de conclusión en primera instancia o recurriendo el auto que decretó este último.²³”

Así mismo, en pronunciamiento más reciente dicha Corporación indicó:

“(...) para el caso concreto, se debe hacer un estudio sobre el valor probatorio de la declaración extrajudicial, este medio probatorio se encuentra consagrado en el Código de Procedimiento Civil. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara sobre el valor probatorio de dicho medio, por lo que en primer lugar se tiene la sentencia de la Sección Quinta de 14 de diciembre de 1900, donde establece las siguientes que: a) como regla general, cuando una declaración es recibida fuera del proceso debe operar la ratificación en los términos de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil; b) cuando no son ratificados dentro del proceso al que son llevados, no pueden tenerse dichas declaraciones como indicio, ya que al no haberse surtido la contradicción respectiva con la personal contra la que se va a hacer valer, las mismas solo revisten en carácter de prueba sumaria.

Por ejemplo, la Sección Tercera mediante la sentencia de 17 de junio de 2004 argumentó:

“(...) Sobre la prueba testimonial recibida extraproceso sin citación y asistencia de la parte contra la cual se aduce, se advierte que ella carece por completo de eficacia probatoria, cuando no ha sido ratificada en el proceso en el cual se pretende hacer valer, por el mismo testigo y previo el juramento de ley, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, salvo que este destinada a servir de prueba sumaria en los casos en los que la ley autoriza la aducción de este medio probatorio (...)”

Con esta sentencia se ratifica las dos primeras reglas establecidas por la jurisprudencia, relacionada con la exigencia de la ratificación, y con la naturaleza de prueba sumaria que puede revestir una declaración extrajudicial.

Así las cosas, no se puede aceptar como medio probatorio de la calidad de compañero permanente, una declaración extrajudicial no ratificada dentro del proceso judicial (...)²⁴”

Ahora bien, respecto del joven Diego Armando Castellanos Rivera, encuentra el Despacho que si bien dentro del expediente está acreditado -con el registro civil de nacimiento obrante a folio 5 del anexo 1- que el mismo es hijo del causante, lo cierto es que no cumple con las condiciones señaladas en el literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para tener la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente, pues del documento en mención y de la copia de la tarjeta de identidad obrante a folio 18 del anexo 1 se observa que el mismo no cuenta con menos de 25 años, y tampoco está acreditado que

²³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), Expediente: 24 209, Radicación: 200012331000199901042-01

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, diez (10) de diciembre de 2014, Radicación N° 760012331000199801162 01 (34270)

el mismo se encuentre en la circunstancia descrita en el mismo literal, esto es encontrarse en estado de invalidez.

Así las cosas, de todo lo expuesto y frente al segundo problema jurídico planteado referente a **¿Determinar quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente por la muerte del Cabo Primero José Expedito Castellanos?**, debe decir el Despacho que quien cumple con las condiciones para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de José Expedito Castellanos, es la señora Dubis Peralta Buneo, en consecuencia el Despacho ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la misma, de la siguiente manera, y bajo las siguientes condiciones:

Atendiendo a que se encuentra acreditado que José Expedito Castellanos (q.e.p.d.) presto sus servicios como suboficial durante 6 años, 4 meses y 21 días, equivalentes a 331 semanas, -de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993- su beneficiaria tiene derecho al reconocimiento del 45% del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, conforme el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, por "ingreso base de liquidación" debe entenderse "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"

En este sentido, respecto a los factores salariales que constituyen la base de cotización, el artículo 18 de la misma normativa, prescribe que el salario base de cotización para los servidores del sector público será el que señale el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992. Así, lo señalado por la norma antes mencionada fue reglamentado en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, el cual estableció:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados

Así las cosas, para dar cumplimiento a la orden de reconocimiento de la pensión de sobreviviente que aquí se dará, la entidad deberá liquidar dicha pensión en el equivalente al 45% del ingreso base de liquidación del suboficial causante, para lo cual deberá tener en cuenta los factores que para calcular el ingreso base de cotización determina el Decreto 1158 de 1994; en todo caso el monto de la pensión no podrá ser inferior al salarios mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 35 de la misma normativa.

2.5. Prescripción de mesadas:

Frente a la prescripción de las mesadas pensionales, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante²⁵, en consecuencia, y teniendo en cuenta que la señora Dubis Peralta Bueno formuló y radicó la petición ante la entidad accionada el día 09 de julio de 2013 (Fl. 12), las mesadas ocasionadas con anterioridad al nueve (09) de julio de 2010 quedarían prescritas.

2.6. El ajuste al valor:

Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

²⁵ Al respecto manifestó la H. Corte Constitucional en Sentencia C-198 del 07 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero: "... dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la pensión de sobreviviente, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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 se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.8. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A :

Primero.- Declarar la nulidad del Oficio N° OFI 13 -38812 del dos (02) de septiembre de 2013, expedida por el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL reconocer y pagar** a la señora **DUBIS PERALTA BUENO**, en calidad de cónyuge supérstite, en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación del suboficial en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y para lo cual deberá tener en cuenta los factores que para calcular el ingreso base de cotización determina el Decreto 1158 de 1994; en todo caso el monto de la pensión no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Tercero.- Declarar prescritas las mesadas pensionales causados a favor de **DUBIS PERALTA BUENO** con anterioridad al día nueve (09) de julio de 2010, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Al efectuarse la liquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a la demandante por concepto de la pensión de sobreviviente, 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 mesada, y así sucesivamente.

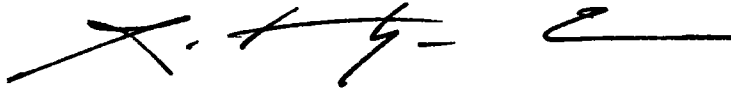
Quinto.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Séptimo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Octavo.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Notifíquese y cúmplase



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez