



*Consejo Superior
de la Judicatura*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veinticuatro (24) de Septiembre de dos mil dieciocho (2.018).-

Radicación: 15001-33-33-007-2016-00161-00
Demandante: PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS en representación de EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS y RITO CELIO DUARTE ROMERO en representación de BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ingresa al Despacho el proceso de la referencia, con el objeto de dictar sentencia. Así las cosas, en cumplimiento de los presupuestos procesales inherentes, y en ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado, así procederá.

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Pretensiones:

Los ciudadanos **PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS** en representación del menor de edad **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** y **RITO CELIO DUARTE ROMERO** en representación del menor **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**, hijos del soldado voluntario (Q.E.P.D) **EDWIN DUARTE ORTIZ**, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejercen medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** solicitando que se accedan a las siguientes declaraciones y condenas (fls. 4 y ss. y 66 y ss.):

- Que se declare la nulidad de la resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, por medio de la cual la parte demandada negó el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la parte demandante.

- Que se declare la existencia del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo frente a la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada el día 22 de septiembre de 2016 por **PEDRO ISAIÁS BURGOS RAMOS** en representación del menor de edad **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS**.
- Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto descrito en la viñeta anterior.
- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada:
 - Al reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de **PEDRO ISAIÁS BURGOS RAMOS** en representación del menor de edad **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** y **RITO CELIO DUARTE ROMERO** en representación del menor **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima de actividad (49.5% del sueldo básico) y 1/12 de la prima de navidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que las normas del régimen general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993 son más favorables para los actores, en comparación con lo reglado en los decretos 2728, ley 131 de 1995 y decreto 1793 de 2000.
- Que se declare que, para el caso en concreto, no hay lugar a aplicar las normas referentes a la prescripción de derechos puesto que, para los menores de edad, las mismas se encuentran suspendidas, conforme al mandato contenido en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil. En tal sentido, debe ordenarse el reconocimiento y pago de la citada pensión de sobrevivientes a partir del 23 de agosto de 2001 (fecha de la muerte del padre de los menores accionantes).
- Que se cancelen las mesadas y demás haberes causados y dejados de percibir desde el día de fallecimiento de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (padre de los demandantes), es decir, desde el 23 de agosto de 2001; junto con las debidas actualizaciones e indexaciones y *"hasta el momento en que se incluya de manera definitiva a mi representada en la nómina de pensionados del Ministerio de Defensa Nacional. Para lo cual deberá tener en cuenta la base salarial conformada por todos los factores salariales o partidas computables de ley para la liquidación y determinación de la pensión de sobrevivientes"*.
- Que a las sumas que resulten, se les aplique la corrección monetaria y la respectiva actualización desde la fecha en que

se causó el derecho hasta cuando se produzca el pago efectivo de las sumas reconocidas.

- Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

2. Fundamentos fácticos:

El apoderado de la parte actora manifiesta como hechos relevantes de la controversia los siguientes:

- Que **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular y después como soldado profesional desde el 25 de junio del 2000 hasta el 23 de agosto de 2001, cumpliendo un tiempo total de servicios prestados de 1 año, 1 mes y 28 días.
- Que **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) *"se encontraba unido con la señora CLAUDIA YANETH BURGOS DÍAZ con quien habían procreado dos hijos que hoy son menores de edad y que obedecen a los nombres de EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS y BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS"*.
- Que el deceso de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) ocurrió durante un accidente de tránsito cuando éste prestaba sus servicios como soldado profesional adscrito al Batallón de Infantería N° 2 Mariscal Antonio José de Sucre con sede en Chiquinquirá (Boyacá); y que en el mismo accidente falleció su compañera sentimental y madre de sus dos hijos, los cuales quedaron huérfanos y a cargo de sus abuelos.
- Que según informe administrativo por muerte N° 21 del 23 de agosto de 2001, suscrito por el comandante del Batallón al cual estaba adscrito **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), la muerte de éste último ocurrió *"EN SIMPLE ACTIVIDAD"*.
- Que con ocasión del deceso de sus padres, fueron los abuelos de **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** y **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** quienes asumieron el cuidado de los mismos y *"de ahí que el Juzgado 10 de Familia de Bogotá mediante fallo que se encuentra ejecutoriado designó a PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS guardador del menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS y al señor RITO CELIO DUARTE ROMERO tutor del menor BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS"*; y, por ésta razón, ellos son las personas legitimadas por la parte activa para reclamar el derecho prestacional en representación de sus nietos.

- Que el día 27 de julio de 2016, los demandantes solicitaron el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la entidad demandada a través de la resolución N° 3514 del 2 de agosto de 2016.
- Que la condición de los demandantes como beneficiarios de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) quedó acreditada a través de la resolución por medio de la cual se reconoció una compensación por muerte y cesantías.
- Que los hijos de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) tienen derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, *"aplicando razones de igualdad y favorabilidad el contenido de la Ley 100 de 1993 art 47, 48, 49 y ss. y demás normas concordantes y complementarias e implicar (léase inaplicar) los Decretos 1793 del 2000, 2027 de 2003, la Ley 31 de 1985 y el Decreto 2728 de 1968 (sic)"*.

3. Concepto de violación

De manera sintética, el apoderado de la parte actora cimenta sus pretensiones en lo que pasa a exponerse. En primer lugar, la parte actora señala que los actos administrativos enjuiciados violaron las normas jerárquicamente superiores en las cuales debían fundarse y, además, también desconocieron el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

Así, la parte actora indica que se violan los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, desconociéndose el derecho a la igualdad y lo inherente a la seguridad social. De igual forma, en su concepto, *"la negativa de la entidad administrativa violó el derecho fundamental al debido proceso administrativo en la medida que la autoridad no tuvo en cuenta el precedente judicial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que ha reconocido el derecho de pensión de sobreviviente a los beneficiarios de militares (...)"*. A su vez, indica que la prestación que se reclama es *"una prestación fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes estará ligada a la protección al derecho fundamental al mínimo vital y por tanto, adquiere el carácter de fundamental"*.

De igual forma, la parte actora indica que los actos administrativos enjuiciados violaron el artículo 2 de la Constitución dado que, con los mismos, *"no (se) cumplió con los fines establecidos en el estado de*

derecho colombiano, principalmente porque no se garantizó la efectividad de los principios constitucionales que tienen fuerza vinculante en el procedimiento administrativo generando la negativa del derecho solicitado". Además de ello, en su concepto, "al negar el reconocimiento del derecho prestacional (se) desconoció que la familia merece especial protección por constituir la base de la sociedad", lo que indica que se niega el goce efectivo de los derechos inalienables de la persona, conforme lo reglado en los artículos 5 y 6 de la Constitución. En tal sentido, "al no reconocer la pensión, la administración desconoció que la seguridad social es un servicio público a cargo del Estado, el cual está sujeto al principio de universalidad".

Tratándose de las normas legales violadas, la parte actora indica que *"la administración debió conceder la pensión de sobrevivientes aplicando el régimen general de pensiones vigente para la época del deceso del causante: Ley 100 de 1993 arts 47, 48, 49 y ss. e inaplicar los Decretos 1793 de 2000, Decreto 2070 de 2003, la ley 131 de 1985 y el Decreto 2728 de 1968 que nada dijeron respecto de las pensiones de sobrevivientes para beneficiarios de soldados voluntarios". Así las cosas, en concepto de los demandantes, la negativa de la entidad demandada de acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los hijos de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) no se adecuó a las normas jerárquicamente superiores y, por lo tanto, el actuar de la entidad demandada "se apartó totalmente del sistema general de pensiones es decir de la ley 100 de 1993 que sólo exigía 26 semanas de labores es por eso que por razones de favorabilidad e igualdad debió tener en cuenta este régimen para el reconocimiento de la prestación (SIC)". De igual forma, el apoderado de los actores señala que "el sistema general de pensiones contiene una condición más beneficiosa y por consiguiente su en criterio de favorabilidad se comparan las dos normas vigentes al momento de ocurrencia del hecho generador (la muerte del militar), es decir la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2728 de 1968 vemos que este último es mucho más restrictivo". En tal sentido, los actores consideran que "es procedente aplicar el régimen general cuando resulta más beneficioso para acceder a la pensión de sobreviviente atendiendo los principios de igualdad y favorabilidad".*

En síntesis, según el apoderado de la parte actora, *"lo anterior demuestra que el acto enjuiciado debe ser anulado por su juez natural ya que al negar la pensión reclamada amparándose en su arbitrio, desconoce que es la ley y el precedente del Consejo de Estado, los que le exigían a los beneficiarios del militar fallecido en actos heroicos del servicio, se le debe pagar una compensación y una pensión de sobreviviente, prerrogativas que no permiten ninguna discrecionalidad para su desconocimiento (SIC)".*

Finalmente, la parte actora llama la atención sobre el hecho que el artículo 488 del CST, norma referente a la prescripción de derechos, no debe ser aplicado en el presente caso indicando que *"para los*

menores de edad (...) el término de la prescripción trienal se encontraba suspendido hasta tanto cesara dicha condición, o cual se justifica en la incapacidad relativa que se predica de los menores de edad, por lo que se entiende que éste no podría hacer exigible directamente sus derechos hasta cumplir la mayoría de edad (SIC)", de conformidad con lo normado en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el acta individual de reparto (fls. 60), la demanda fue radicada el día 1 de noviembre de 2016. Una vez estudiada la misma, el Despacho consideró que ésta no cumplía los requisitos previstos en el CPACA por lo que procedió a inadmitirla (fls. 62-63).

Una vez subsanada en debida forma (fls. 66-69), el Despacho procedió a admitir la misma, ordenando la notificación a la entidad demandada (fls. 71-72).

Verificado el pago de los gastos procesales (fls. 74-76), el Despacho procedió a notificar a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme lo previsto por las normas aplicables del CPACA y del CGP (fls. 77 y 80). De forma concomitante, el Despacho procedió a correr el traslado de la misma, según lo previsto en los artículos 612 del CGP y 172 CPACA (fls. 78).

Estando dentro del término previsto, la Entidad demandada designó apoderado judicial y procedió a contestar la demanda (fls. 85-101), allegando a su vez los antecedentes administrativos del caso de marras (fls. 102-121).

Posteriormente, mediante auto del 14 de agosto de 2017 (fls. 123), el Despacho procedió a fijar fecha para la realización de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA. En virtud de lo anterior, el día 25 de agosto de 2017 se llevó a cabo tal diligencia, desarrollándose la misma conforme el Estatuto aplicable, considerándose necesario el decreto de ciertos medios de prueba para el esclarecimiento de los hechos y fijándose fecha para la realización de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA (fls. 125-130).

De forma ulterior, el día 19 de octubre de 2017, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, respecto de la cual se destaca que se incorporaron al expediente todos los medios que habían sido decretados en la audiencia inicial; así mismo, en dicha diligencia judicial se consideró innecesario adelantar la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA y, por lo tanto, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (fls. 187-189).

Finalmente, dentro del término previsto por la ley, el apoderado de la parte actora presentó sus alegatos finales (fls. 190-196), mientras que el apoderado de la entidad demandada decidió no hacer uso de este derecho. Igualmente se destaca que el H. Representante del Ministerio Público rindió concepto para el caso de marras (fls. 197-203). Surtida la actuación anterior, el expediente ingresó al Despacho en aras de que se profiera decisión de fondo (fls. 204).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 85-88)

Dentro del término del traslado para la contestación de la demanda, el apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** se pronunció sobre la demanda en los siguientes términos:

- Considera que *"por falta de sustento jurídico y probatorio del libelo demandatorio (SIC), se opone a todas y cada una de las solicitudes de declaraciones y condenas impetradas por el apoderado de la demandante, con fundamento en las razones sustanciales legales (...) desprendiéndose que la entidad que represento no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la cual la actuación está ajustada a derecho (SIC)"*, solicitando entonces que se denieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda.
- Señala que las pretensiones no están llamadas a prosperar dadas las implicaciones del principio de legalidad, el principio de supremacía constitucional y los principios que rigen la función administrativa que conlleva *"la correspondencia de los actos con el ordenamiento jurídico en general y con el que le da fundamentación en especial"*.
- Que el principio de legalidad hace que la Administración pública no pueda proferir *"decisión alguna que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento, no le es viable contradecir los lineamientos previsto en norma superior, ni apartarse de los fines superiores como son entre otros, el interés general y el bienestar de la comunidad"*.
- Que, al contrario de lo expresado por los actores, la Entidad expidió los actos administrativos que hoy se enjuician *"conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones"*.
- Que, según lo expresado por la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional en los actos atacados, **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) murió en "simple actividad" y para la época de los hechos tenía un tiempo de servicio de 1 año, 1 mes y 28 días, por lo que la norma aplicable era el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

- Que, en consecuencia, *"la decisión de la Administración se ajusta a derecho, pues en los términos del art. 8 decreto 2738 (SIC) de 1968, que es la norma que debe aplicarse en este caso, no se prevé el reconocimiento de pensión alguna (en favor de los beneficiarios legales del personal de Soldado Voluntarios (SIC), que fallezcan en accidente en actividad"*.
- Que, por lo descrito, *"la Administración no tiene otra alternativa más que acatar lo dispuesto en el orden jurídico y eso fue precisamente lo que hizo al proferir los actos administrativos impugnados"*.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. PARTE ACTORA:

La parte actora reseñó las causales de anulación de los actos administrativos contenidos en el artículo 137 del CPACA y, posteriormente, enunció el derecho con que cuenta toda persona a solicitar la nulidad de actos de la administración con la consecuente obligación del restablecimiento de sus derechos.

Posteriormente, señala que *"con las pruebas obrantes en el proceso la presunción de legalidad del acto demandado ha quedado desvirtuada al existir causales de rango constitucional y legal que ameritan que el juzgado declare la nulidad del acto y en consecuencia se restablezca el derecho a la parte demandante en el sentido de reconocerle el derecho a pensión de sobreviviente (sic)"*. Además de lo anterior, reitera los argumentos expuestos desde el escrito de demanda para afirmar que a la parte demandante le asiste la razón en el sentido que ella tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aplicando el principio de favorabilidad por lo cual, en el caso de marras, deben inaplicarse las disposiciones especiales contenidas en el Decreto 2728 de 1968; y, en su lugar, aplicarse las normas del régimen general de pensiones contenidas en la Ley 100 de 1993.

De igual forma, el apoderado de los actores reitera que deben aplicarse los precedentes jurisprudenciales tanto de la H. Corte Constitucional, como del H. Consejo de Estado; y que, verificados los regímenes especial y general de pensiones en Colombia, éste último *"contiene una condición más beneficiosa"*, por lo cual debe darse aplicación del mismo para así acceder a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, la parte demandante reitera que en el presente caso no son aplicables las normas inherentes a la prescripción de derechos dado que, conforme los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, dicho plazo extintivo se entiende suspendido cuando el derecho figura en cabeza de menores de edad, como es el caso de los demandantes -

representados por sus abuelos, en el marco del presente proceso-.**2. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL:**

El apoderado de la parte demandada, dentro del término para alegar de conclusión, no hizo uso de su derecho, guardando silencio en esta etapa procesal destinada a brindar los argumentos previos a dictar sentencia de fondo.

2. CONCEPTO DEL H. MINISTERIO PÚBLICO:

El H. Representante del Ministerio Público solicitó a éste Despacho *"inaplicar para el caso la Ley 131 de 1985 y Decreto 2728 de 1968 (...) Declarar la nulidad de la resolución No. 3527 del 29 de agosto de 2016 (...) negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al menor BRIAN STIVEN BURGOS; declarar la existencia y nulidad del acto ficto o presunto de carácter negativo, derivado de la ausencia de respuesta a la petición radicada el 5 de agosto de 2016 por el representante del menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS, y de la resolución No. 163 de 4 de enero de 2017, por la cual fue rechazado recurso de reposición contra el primer acto (...) por cuanto los mismos vulneran normas constitucionales y legales"*. En virtud de lo anterior, solicita *"ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional proferir nuevo acto administrativo a través del cual reconozca, liquide y ordene el pago de la pensión de sobrevivientes en los términos de los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 en favor de los menores BRIAN STIVEN BURGOS y EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS, en calidad de hijos de extinto soldado voluntario EDWIN DUARTE ORTIZ, a partir del día siguiente al deceso ocurrido el 23 de agosto de 2001 y hasta que ostente la condición que prevista en la ley debidamente acreditada (mayoría de edad, o estudios), sin que haya lugar a declarar el fenómeno de la prescripción, dada su condición de sujetos que merecen especial protección"*.

La anterior petición la fundamenta en el hecho que es *"claro que el causante prestó un tiempo de servicios al Ejército Nacional de 1 año, 1 mes y 28 días y que su deceso se produjo el 23 de agosto de 2001, por lo que en los términos del Decreto 2728 de 1968, ni 1211 de 1990, los menores no cumplían los requisitos para el reconocimiento de la denominada pensión, toda vez que la primera normativa no contemplaba dicha prestación, en tanto que la segunda señalaba como requisito para su reconocimiento que el causante hubiera prestado 15 años o más de servicio. No obstante, los menores sí cumplen con los requisitos exigidos por el régimen general contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues el causante al momento de su muerte cotizaba al sistema y contaba con más de 26 semanas aportadas, tal como se acredita a través de la hoja de servicios"*.

Así las cosas, en opinión del H. Ministerio Público, en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, *"se observa que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley*

100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes que los determinados por el Decreto 1211 de 1991; por lo tanto, a los demandantes le(s) es más favorable la aplicación de las normas contenidas en el régimen general, que en el especial”.

Por último, después de analizar el porqué los demandantes sí están legitimados para reclamar el derecho en discusión (a saber, la pensión de sobrevivientes), el H. Ministerio Público solicita *“no declarar probada la ocurrencia de tal fenómeno (refiriéndose a la prescripción de derechos), dada la condición de los beneficiarios al tratarse de menores de edad, por lo que ante la imposibilidad jurídica de reclamar en forma directa por sus derechos, no es viable sancionarlos con la pérdida de las mesadas causadas a partir de día siguiente al deceso, por lo que no sería viable acudir a las normas que regulan la materia ni el régimen general, ni en el especial de los miembros de las fuerza militares, específicamente de los soldados profesionales”.*

V. 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.

1. Problema jurídico principal:

La *litis* en el marco del presente proceso consiste en determinar si los menores demandantes, representados por sus abuelos quienes actúan en calidad de guardadores, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993 con ocasión del fallecimiento del señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) y en aplicación del principio de favorabilidad, frente al régimen especial consagrado para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

2. Problemas jurídicos asociados:

- ¿Se cumplen los presupuestos legales previstos en la Ley 100 de 1993, para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) en aplicación del principio de favorabilidad, no obstante que el causante estaba excluido de la aplicación del régimen general de pensiones por disposición del artículo 279 de la Constitución?.
- ¿Quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D)?.

Para desatar la cuestión litigiosa se hace necesario abordar el estudio integral de los siguientes temas: (i) La naturaleza de la pensión de sobreviviente, (ii) La pensión especial de sobrevivientes para los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales fallecidos, (iii) La pensión

de sobrevivientes 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.

3.1 De la naturaleza de la pensión de sobrevivientes:

La pensión de sobrevivientes 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 desprotección¹"* 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 fallecido²."*

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"*.

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

En un primer momento, el régimen especial de los soldados y grumetes de las Fuerzas Militares contenido en el Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, respecto a la muerte de aquellos integrantes que aún no habían adquirido el derecho a pensión; estableció 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."

¹ sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006

² sentencia C-1094 de noviembre 19 de 2003

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. (...)"

Asimismo, 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
- 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 dividir 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 corresponderá 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.

3.3 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 (...)">³".

³ Artículo 10 Ley 100 de 1993

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. (...)"

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 dicha Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2.003, esto es, la vigente al momento del deceso del padre de los menores demandantes, establecía 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 fallecido⁴;

⁴ 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

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 (...).”.

3.4 Del principio de favorabilidad:

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; o en caso de (ii) Que exista una sola norma que admita 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 concurrentes⁵.

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*"⁶.

Así las cosas, y dada la importancia de la razonabilidad de una interpretación dentro del principio de favorabilidad, señaló 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*⁷.

Respecto del segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además, "*ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas*"⁸

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; o también cuando se trate de una sola norma que admita diversas interpretaciones.

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 constitucionales*"⁹, 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:

⁵ Sentencias T-248-08, T-545-04 y T-871 de 2005.

⁶ Sentencia T-871-05.

⁷ Sentencia T-248-08.

⁸ Ibidem.

⁹ sentencia C-461 de octubre 12 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

"(...) 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 Carta¹⁰.

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. Al respecto en pronunciamiento más reciente indicó 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.¹¹"

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

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

¹¹ Sentencia T-547 de 2012

obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad¹²".

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 evidente¹³.

4.- Caso en concreto:

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la parte actora arguye que los demandantes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre, el soldado **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), 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 (26) semanas, para lo cual se deben contabilizar las semanas cotizadas durante el tiempo que prestó el servicio militar obligatorio, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

Por su parte, 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, según la apoderada de la demandada, 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

¹² 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)

¹³ Sentencia T-167 de marzo 11 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

1211 de 1990, Decreto 2728 de 1968 y demás normas especiales para este sector de la Fuerza Pública. En este sentido, afirma que, de conformidad con el Decreto en cita, las pruebas aportadas y las circunstancias bajo las cuales murió el señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), no se cumple con los presupuestos legales y normativos, es decir los 15 años de servicio, para que por el tesoro público se le pague una pensión mensual de sobrevivientes a sus descendientes.

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

- Que **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) nació el día 8 de octubre de 1975, según consta en su registro civil de nacimiento (Fls. 41, 137).
- Que **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) falleció el día 23 de agosto de 2001, según consta en su acta del registro civil de defunción (fls. 42, 136, 145).
- Que según el informativo administrativo por lesiones N° 21 del 24 de agosto de 2001, el deceso de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) ocurrió el día 23 de agosto de 2001 y fue "*simplemente en actividad*", de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 (fls. 136, 143, 186).
- Que ese mismo día también falleció la compañera permanente de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), quien en vida se identificaba como CLAUDIA YANETH BURGOS DÍAZ (fls. 42, 138).
- Que según consta en los registros civiles de nacimiento de los demandantes, **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), y CLAUDIA YANETH BURGOS DÍAZ procrearon dos hijos: **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS**, quien nació el día 6 de octubre del 2000; y **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** quien nació el día 13 de junio de 1999 (Fls. 43-44, 108, 137-138, 168-169).
- Que según el acta de la audiencia pública del proceso N° 14074 del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, se designó a **RITO CELIO DUARTE ROMERO** como tutor general del menor **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**; y a **PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS** como guardador del menor **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS**. Lo anterior dado que ellos son sus abuelos paterno y materno respectivamente (Fls. 45-49).
- Que de la hoja de servicios de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) se extrae lo siguiente (Fls. 135, 185):

- Que su causal de retiro fue "*muerte simplemente en actividad*".
 - Que su tiempo total de servicios fue de 1 año, 1 mes y 28 días.
 - Que las partidas computables para prestaciones sociales fueron únicamente: Sueldo básico y prima de antigüedad.
- Que según Resolución N° 21026 del 22 de julio de 2002, la entidad demandada resolvió "*reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto del Ejército Nacional*" una suma de dinero por conceptos de "*bonificación*" y "*compensación por muerte*". Dentro del citado documento puede observarse además que, según liquidación de servicios, el señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) recibió la citada "*bonificación*" al haber laborado por 1 año, 1 mes y 28 días con los siguientes factores salariales: Sueldo básico y prima de antigüedad (Fls. 53, 110, 153-156).
 - Que mediante derecho de petición N° MDN-UGG EXT16-69411 radicado el día 27 de julio de 2016, los hoy demandantes solicitaron a la entidad demandada "*reconocerle, liquidarle y pagarle al menor BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS hijo sobreviviente del soldado profesional EDWIN DUARTE ORTIZ (...) una pensión de sobreviviente por ser beneficiario del militar fallecido*". Así mismo se solicitó que la misma fuera reconocida "*desde el día siguiente al fallecimiento del militar (...) es decir desde el 23 de agosto del año 2001 hasta la fecha*". Es de resaltar la petición solicitó aplicarle el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, al considerarse que el mismo era más favorable con respecto al régimen especial de pensiones de las Fuerzas Militares de Colombia (fls. 29-32, 105-107).
 - Que mediante derecho de petición N° MDN-UGG EXT16-73013 radicado ante la entidad demandada el día 5 de agosto de 2016, se adicionó la petición N° MDN-UGG EXT16-69411 del 27 de julio de 2016 "*en el sentido de incluir en dicha actuación administrativa al menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS*" (fls. 33-40, 112-118).
 - Que mediante Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, la entidad demandada resolvió "*declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso del Soldado Voluntario del Ejército Nacional, DUARTE ORTIZ EDWIN (...) a favor del menor BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS (...) en calidad de hijo del cujus*", al considerar -entre otras cosas- que "*ni el Consejo de Estado ni la Honorable Corte Constitucional*

han expedido una sentencia de unificación frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990 en relación al reconocimiento de pensión de sobrevivientes, no es procedente acceder en tal sentido”; y que “refiere la aplicación de la ley 100 de 1993, siendo preciso indicar que el artículo 279 de la norma ibidem (SIC), no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, razón por la cual no es procedente dar aplicación a la misma, por ser excluyente” (fls. 25-27, 111-112).

- Que mediante escrito radicado N° MDN-UGG EXT16-90861 del 22 de septiembre de 2016, los actores presentaron recurso de reposición contra la Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, *“con el propósito de que sea adicionada y en su lugar se profiera nuevo acto administrativo por medio del cual (...) se incluya al señor PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS quien actúa en representación del menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS, hijo también del militar fallecido”*. Lo anterior, por cuanto *“además de la petición que dio origen al acto recurrido, el 05 de agosto de 2016 PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS quien actúa en representación del menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS, hijo también del militar fallecido, por intermedio de este apoderado solicitó reconocimiento pensional para su nieto adjuntando la documentación necesaria (...) A pesar de lo anterior, en la Resolución objeto del presente recurso sólo se refirió al señor RITO CELIO DUARTE ROMERO (...) en representación del menor BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS”* (Fls. 111-112).
- Que mediante Resolución N° 0163 del 4 de enero de 2017, expedida con posterioridad a la radicación de la demanda -que data del 1 de noviembre de 2016- (fls. 60), la entidad demandada resolvió *“rechazar el recurso de reposición por improcedente”* dado que *“revisado el expediente prestacional se pudo evidenciar que no obra poder conferido a YESID MOSQUERA CAMPAS, por el señor PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS, quien manifiesta actuar en representación del menor EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS, razón por la cual no puede ser tenido en cuenta como apoderado legal”* (fls. 119-120).

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 sobrevivientes consagrado para los suboficiales de las Fuerzas Militares, debe decir el Despacho que vistos como quedaron dichos regímenes en los acápite dedicados a las consideraciones generales de la presente decisión judicial, se encuentra que existe una diferencia ostensible entre ellos en cuanto a los requisitos para acceder a la prestación. Así, 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 –según lo dispuesto por la norma que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del aquí causante, señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), por lo que en el presente caso resulta procedente a la luz del principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política inaplicar los Decretos 2728 de 1.968 y 1211 de 1.990. Lo anterior, tiene absoluto respaldo jurisprudencial tanto del máximo Tribunal Constitucional como del Honorable Consejo de Estado. Veamos:

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 sobrevivientes, 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. En consecuencia, 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)¹⁴ y 217¹⁵ 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 Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹⁶.

(...) 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

¹⁴ 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;"

¹⁵ El artículo 217 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".

¹⁶ Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

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.¹⁷

En un sentido similar, de manera más reciente el H. Consejo de Estado ha indicado:

"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.¹⁸

Aplicando la jurisprudencia anteriormente transcrita al caso que nos ocupa, tenemos que el causante, señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), falleció el 23 de agosto de 2001 y, de otro lado, que laboró

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia de 31 de agosto de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁸ 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)

para el Ejército Nacional acumulando un tiempo de servicios total de 1 año, 1 mes y 28 días, 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 sobrevivientes, tratándose de una muerte que ocurrió "*simplemente en actividad*". Dicho en otros términos, no cumple los requisitos previstos en la norma del régimen especial de pensiones de las Fuerzas Militares para que sus beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, esto es, haber prestado el servicio militar durante 15 años.

Así las cosas, se reitera 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 sobrevivientes consagrado para los beneficiarios de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), resulta ser más exigente frente al general.

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, puesto que los requisitos que se exigen en ésta 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 **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) cumplía con los requisitos exigidos en el literal a) del numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues al momento de su fallecimiento se encontraba afiliado 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.

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 de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) en aplicación del principio de favorabilidad, procede el Despacho a analizar el segundo problema jurídico consistente en dilucidar ¿quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente por la muerte de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D)?

En este sentido, y 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 con suficiente certeza la calidad de hijos del señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) que ostentan tanto **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**, como **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** (y que acuden al presente proceso representados por sus abuelos **RITO CELIO DUARTE ROMERO** y **PEDRO ISAÍAS BURGOS RAMOS**), según consta tanto en los registros civiles de aquellos, como en el acta de la audiencia pública del proceso N° 14074 del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, que se describieron en acápites anteriores.

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 sobrevivientes por la muerte de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D), debe decir el Despacho que los hoy demandantes se encuentran inmersos dentro de la hipótesis prevista por el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, el Despacho declarará la nulidad de la Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, por medio niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor del menor **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**, así como de la Resolución N° 0163 del 4 de enero de 2017, *"por la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, con fundamento en el expediente N° 2935 de 2016"*.

Por su parte, respecto de la petición presentada ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, el 5 de agosto de 2.016, por medio del cual se solicita adicionar la petición formulada el 27 de julio de 2016, en el sentido de incluir en dicha actuación al menor **EDWIN ANDRES DUARTE BURGOS**, por consiguiente **solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por ser beneficiario del militar fallecido, desde el día siguiente al fallecimiento del militar aplicando previamente los ajustes de ley, es decir desde el 23 de agosto de 2.001 hasta la fecha que sea incluido en la nómina de pensionados del Ministerio de Defensa**, tal como obra a folios 29 a 40 del Expediente; encuentra este estrado judicial que frente a la misma no hubo respuesta alguna por parte de la administración superando el término legal establecido esto es tres (3) meses contados a partir de la presentación de la petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva y configurándose de esta manera el silencio administrativo negativo de que trata el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual así se declarará por parte de esta instancia judicial.

Por consiguiente y siguiendo la dinámica decisional, de igual forma se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo frente a la petición

presentada el 5 de agosto de 2.016, por medio de la cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del menor **EDWIN ANDRES DUARTE BURGOS**.

En consecuencia de lo anterior, el Despacho ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** y de **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS**, a partir del 24 de agosto de 2.001 en su condición de hijos menores de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) para el momento de su deceso ocurrido el 23 de agosto de 2.001. Una vez superada la edad de 18 años, los beneficiarios de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) tendrán derecho a seguir gozando de la pensión de sobrevivientes hasta los 25 años, siempre que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios; o, en caso de que alguno -o los dos- se encuentren en situación de invalidez, estos podrán gozar del beneficio pensional mientras subsistan las condiciones de invalidez, conforme lo previsto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, esto es el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en cuantía equivalente al 50% para cada uno de los beneficiarios, esto es por partes iguales.

Ahora bien, la pensión de sobrevivientes se concederá bajo las siguientes condiciones. En primer lugar, atendiendo a que se encuentra acreditado que **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) prestó sus servicios durante 1 año, 1 mes y 28 días, equivalentes a 56 semanas, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, sus beneficiarios tienen 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 liquidación, 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 1° 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 demandada 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 salario 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.

Por consiguiente, descendiendo al caso concreto y de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, esto es la hoja de servicios del señor **EDWIN DUARTE ORTIZ** visible a folios 135 y 185 del expediente, se verifica que el mismo devengó como factores salariales la asignación básica y la prima de antigüedad, factores enlistados en la norma anteriormente citada. Por consiguiente la pretensión encaminada a tener como factor salarial, la prima de navidad, se establece en primer lugar que la misma no tiene base normativa, esto es no está enlistada en la norma antes referida, como tampoco que haya sido reconocida, por lo que imperativo resulta denegar la pretensión de incluir en la base de liquidación la prima de navidad.

4.1 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 relevante¹⁹.

¹⁹ 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

Sin perjuicio de lo anterior, conforme a los incisos segundo y quinto del artículo 2530 del Código Civil, *"la prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría"* y *"no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista"*. Por su parte, el primer inciso del artículo 2541 del citado Estatuto Civil señala que *"la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1° del artículo 2530"*.

En tal sentido, observa el Despacho que en el presente caso no es jurídicamente viable decretar la prescripción de los derechos de **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** y de **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** dado que los demandantes, al momento de instaurar la demanda, eran menores de edad; posición que se encuentra ampliamente respaldada por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en providencia de 21 de noviembre de 2011 identificada con N° interno 0518-11, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren; así:

"(...) Por último, advierte la Sala que dentro del fallo apelado el a quo procedió a declarar la prescripción de las mesadas causadas a favor de la menor Ingrid Gisella Pacheco Delgado, entre el 10 de junio del 2000 y el 24 de junio del 2001, en razón a que se acudió a reclamar el derecho pensional hasta el 24 de junio del 2004, razón por la que consideró afectadas tales sumas por el fenómeno prescriptivo establecido en el Decreto 3135 de 1968.²⁰

Al respecto, considera la Sala que si bien acudió en apelación únicamente la Entidad demandada -por lo que en virtud del principio de la reformatio in pejus el alcance del poder decisorio del juez de segunda instancia se encuentra limitado a aquellos aspectos o puntos objeto de censura frente a la decisión del a quo-, entratándose de derechos subjetivos radicados en cabeza de una menor de edad -sujeto de protección constitucional reforzada-, corresponde al operador judicial atenuar el rigorismo en la aplicación de dicho postulado, en procura de garantizar los derechos fundamentales de la infante de manera que el postulado constitucional que impone su especial protección previsto en el artículo 44 de la Carta Política, cobre efectividad en los contextos reales de su aplicación.

En efecto, el amparo de los derechos de los niños, a los que la Carta Política integra en un sistema de protección reforzada dándoles un carácter fundamental y prevalente, entre ellos el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad social, la educación, constituye un interés superior del Estado, vinculante en todos los escenarios y para todas las autoridades públicas de conformidad con el Ordenamiento

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"

²⁰ Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Superior y los instrumentos internacionales que así lo reconocen, razón por la que en casos como este en donde los derechos fundamentales de una menor se encuentran implicados en tanto se resuelve acerca de una sustitución pensional a su favor, es decir la posibilidad de que ésta supla sus necesidades más básicas y mantenga el mismo nivel de vida que ostentaba antes del deceso de quien se encontraba a su cargo, debe procurarse la efectividad de los mismos, dando plena aplicación a la cláusula que establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás.

A partir de lo anterior, considera la Sala que pese a no ser objeto de apelación la prescripción de las mesadas ordenada por el a quo, resulta necesario replantear dicha decisión en aras de garantizar el derecho de la menor accionante como sujeto de protección especial constitucional, toda vez que la sanción frente a la inactividad o desidia en el reclamo de un derecho subjetivo, instrumentalizada a través de figura de la prescripción, no puede aplicarse cuando dicha obligación se radica en un menor de edad, a quien el ordenamiento no puede exigirle acudir oportunamente a ejercer su derecho de acción dada su condición de incapacidad; tampoco puede castigarse su derecho frente a la omisión de quienes legalmente asumen su representación o frente a la desidia de las autoridades administrativas competentes que en este caso omitieron expedir oportunamente el dictamen médico de calificación de invalidez de la docente Leyder Emilce Delgado Sanabria a fin de que acudiera oportunamente a ejercer su derecho de acción, razón por la que se revocará la decisión del a quo para en su lugar negar la prescripción de las mesadas causadas. (...)”

4.2 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:

$$\begin{array}{c} \text{ÍNDICE FINAL} \\ R = RH \times \text{-----} \\ \text{ÍNDICE INICIAL} \end{array}$$

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.

4.3 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.

4.4 Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá en un caso similar, en sentencia del 9 de agosto de 2017²¹ con ponencia del Magistrado Oscar Alfonso Granados Naranjo en la que refiriéndose al tema de las costas procesales cita la sentencia del 10 de abril de 2014 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en la que indicó²²:

"(...) Lo primero que se advierte es que, en casos como el presente, en el que las pretensiones prosperaron parcialmente por virtud de la prescripción que fue declarada, era potestativo del juzgador imponer o no las costas, lo cual implica, a juicio de esta Sala, que era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que, en todo caso y como si se tratara de la parte totalmente vencida, se impedirían las costas lo cual, implícitamente, lleva a un examen subjetivo, en tanto se morigera el concepto puramente objetivo de vencimiento total (...)"

Bajo tal entendido, el Despacho acogerá el criterio del Tribunal Administrativo de Boyacá, procediendo al valorar que en el presente caso a pesar que efectivamente se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, no prosperaron totalmente las pretensiones de la demandada.

²¹ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 5. Sentencia de fecha 9 de agosto de 2017. M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo. Radicado 150013333007201500062-01. Actor José Antonio Rocha Barrera. Demandado Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur.

²² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3 de Oralidad. Sentencia de fecha 10 de abril de 2014. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes. Radicado 150013333009201300026-01. Actor Delfina Solano de González. Demandado Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil.

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

VI. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo 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 existencia del silencio administrativo positivo respecto de la petición presentada ante la entidad accionada el 5 de agosto de 2.016, de conformidad con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: INAPLICAR para el presente caso y atendiendo el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política los Decretos 2728 de 1.968 y 1211 de 1.990, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, por medio niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a favor del menor **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS**, así como de la Resolución N° 0163 del 4 de enero de 2017, *"por la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 3527 del 29 de agosto de 2016, con fundamento en el expediente N° 2935 de 2016"*.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 5 de agosto de 2.016, por medio de la cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del menor **EDWIN ANDRES DUARTE BURGOS**.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a los menores **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** y a **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS** (representados en el presente proceso por sus abuelos **RITO CELIO DUARTE ROMERO** y **PEDRO ISAIÁS BURGOS RAMOS**), en calidad de hijos de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D). La cuantía de la asignación pensional será equivalente al 45% del ingreso base de liquidación del soldado fallecido en los términos del artículo 48 y 21 de la Ley 100 de 1993, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación la asignación básica y la prima de antigüedad en los términos del artículo 18 de la Ley 100 de 1.993 y artículo 6 Decreto 691 de 1.994 modificado por el artículo 1 del

Decreto 1158 de 1994; en todo caso el monto de la pensión no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, esto es el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en cuantía equivalente al 50% para cada uno de los beneficiarios, esto es por partes iguales.

SEXTO: Declarar no prescritas las mesadas pensionales causadas a favor de **BRIAN STIVEN DUARTE BURGOS** y a **EDWIN ANDRÉS DUARTE BURGOS**, por lo que las mismas deberán ser reconocidas y pagadas a partir del día siguiente al deceso de **EDWIN DUARTE ORTIZ** (Q.E.P.D) esto es a partir del **veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2.001)**. Éstas se cancelarán hasta que los menores cumplan la mayoría de edad; o hasta los 25 años, siempre que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios; o, en caso de que alguno -o los dos- se encuentren en situación de invalidez, la misma se deberá pagar mientras subsistan las condiciones de invalidez, conforme lo previsto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: 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.

OCTAVO: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: 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

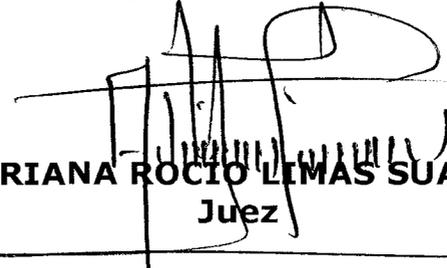
DECIMO: Sin condena en costas en esta instancia.

DECIMO PRIMERO: En firme la sentencia, **HÁGANSE** las comunicaciones del caso y archívese el proceso, previas las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor de quien las consignó, desde ahora se

ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

DECIMO SEGUNDO: Cumplido el término establecido en el artículo 298 del C.P.A.C.A sin que se haya acreditado el cumplimiento de esta providencia, por Secretaría requiérase a la entidad demandada para que proceda de conformidad con lo ordenado.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUAREZ
Juez

LFVP/ARLS