

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., primero (1º) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 1100133424620170003700
DEMANDANTE: JULY TATIANA RÍOS SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL -

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora JULY TATIANA RÍOS SOLANO, identificada con C.C. N°. 1.105.784.346 expedida en Honda (Tolima), en nombre y representación de su menor hijo CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERA: Solicito señor Juez se sirva declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el radicado N°. 201553306153 91: COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPSO-JUR de fecha 09 de julio de 2015 firmado por el Mayor CARLOS PEÑA JIMÉNEZ, en su calidad de Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, por medio del cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del causante JOSE VERLAINER MÉNDEZ, por considerar que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley para acceder a dicha prestación; adicionalmente que se declare la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Radicado N°. 20165350060141: COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPSO-JUR de fecha 23 de enero de 2016, firmado por el Teniente Coronel CESAR AUGUSTO VARGAS GUARIN, en calidad de Subdirector de Prestaciones Sociales Ejército Nacional, por medio del cual resuelve el Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación en contra del acto administrativo atrás relacionado, negando de igual manera lo solicitado, esto es, la pensión de sobrevivientes a favor del menor CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional, el reconocimiento y pago de la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES a favor del menor CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS, en su calidad de hijo dependiente del soldado regular JOSÉ VERLAINER MÉNDEZ (q.e.p.d), con retroactividad al día siguiente de su muerte, esto es desde el día 27 de agosto de 2011, lo anterior con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política Nacional, al ser en este caso la norma especial más desfavorable que la general (Ley 100 de 1993).

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional, al reconocimiento y pago la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional a favor de la parte actora, por intermedio de apoderado desde que el derecho se hizo exigible, esto es 27 de agosto de 2011, todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, junto con las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre, y demás emolumentos debidamente indexados asociados con esta prestación.

CUARTA: Condenar a la entidad demandada a pagar en forma actualizada e indexada cada una de las mesadas pensionales de sobreviviente y las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el (DANE), desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, lo anterior con fundamento en el artículo 187 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011)

QUINTA: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional a a pagar los intereses moratorios bancarios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 27 de agosto de 2011, hasta cuando se haga efectivo el pago del mismo.

SEXTA: Ordenar a la entidad demandada dar cumplimiento a la Sentencia con arreglo a los artículos 189, 192, 193 y 196 de la Ley 1437 de 2011, desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

SÉPTIMA: Condenar a la Nación ministerio de Defensa Ejército Nacional, a pagar las costas procesales que se causen, en caso de oposición a la presente demanda.

(...)”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones la accionante narra los siguientes hechos:

“PRIMERO: Que le señor JOSÉ VERLAINER MÉNDEZ (q.e.p.d), identificado con cédula de ciudadanía número 1.110.484.895 de Ibagué, fue vinculado legalmente al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a prestar el servicio militar como soldado regular, desde el día 07 de octubre de 2008, hasta el día 11 de agosto de 2010, periodo que se tiene en cuenta para efectos de salud y pensión.

SEGUNDO. Que el soldado regular JOSÉ VERLAINER MÉNDEZ, prestó su servicio militar a favor del Ejército Nacional, cumpliendo a cabalidad con las funciones asignadas y sin actos de mala conducta.

TERCERO.- Que el señor JOSÉ VERLAINER MÉNDEZ identificado con cédula de ciudadanía número 1.110.484.895 de Ibagué y la señora JULY TATIANA RÍOS SOLANO, identificada con cédula de ciudadanía N°. 1.105.784.346 de Honda, convivían como pareja y el 27 de Noviembre del año 2010 contrajeron matrimonio por acta religiosa número L: 9F: 233, en la Parroquia Nuestra Señora del Carmen, en la ciudad de Honda Tolima, tal como se aprecia el respectivo Registro Civil de Matrimonio.

CUARTO: Que como consecuencia de dicho matrimonio el causante y la señora JULY TATIANA RÍOS, procrearon al menor CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS, tal como se puede evidenciar en el Registro Civil de Nacimiento.

QUINTO: Que el día 26 de agosto de 2011, el soldado regular JOSE VERLAINER MÉNDEZ, falleció en el municipio de Guaduas Cundinamarca; datos que se constatan en el respectivo Registro Civil de Defunción.

SEXTO: Que a la fecha del deceso, el causante y la señora JULY TATIANA RÍOS, hacían vida marital, convivían y junto con su hijo menor CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS, dependía económica de él.

SÉPTIMO: Como consecuencia de lo anterior, la señora JULY TATIANA RÍOS, en calidad de cónyuge superviviente del causante, en representación de su hijo menor CRISTIAN ALEXANDER RIOS, hizo la solicitud ante Ministerio de Defensa Ejército Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a la cual le asiste el derecho.

OCTAVO: En respuesta la petición anterior, el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, Mayor CARLOS PEÑA JIMÉNEZ, mediante oficio de radicado

Nº. 20155330615391, de fecha 09 de julio de 2015, resuelve la petición instaurada, negando dicha prestación, con el argumento de que no es posible acceder a la conformación del expediente por fallecimiento, porque la ley solo contempla el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, cuando el fallecimiento se produce por las causales contempladas en los artículos 8 y 9 del Decreto 2728 de 1968.

NOVENO: Que en virtud de lo anterior, la señora JULY TATIANA RIOS, en representación de su hijo menor CRISTIAN ALEXANDER MÉNDEZ RÍOS, y por intermedio del suscrito apoderado, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del oficio atrás relacionado, en el sentido que para el presente caso, es claro por la normatividad y la jurisprudencia que el tiempo de servicios prestados como soldado regulador (sic) se tiene que tener en cuenta para salud y pensión, que el causante estuvo vinculado al Ministerio de Defensa Ejército Nacional durante un (1) año y diez (10) meses, tiempo que se tiene que tener en cuenta para efectos pensionales. Que por ser la norma especial más desfavorable que la general (Ley 100 de 1993, artículo 46), con fundamento en el principio de favorabilidad que establece el artículo 53 de la Constitución Política Nacional; normativa que exige que para ser acreedor de la pensión de sobrevivientes para el caso que nos ocupa, que el hijo sea menor de edad y que el padre hubiera cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, requisitos que se cumple, al haber prestado el servicio militar el causante JOSÉ VELAINER MÉNDEZ, dentro de los tres años anteriores a su deceso.

DÉCIMO: Que en consecuencia del anterior, el Teniente Coronel CESAR AUGUSTO VARGAS GUARIN, mediante oficio radicado N°. 20163530060141: COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPSO-JUR, de fecha 23 de enero de 2016, resolvió el recurso atrás relacionado, confirmando la decisión inicial, es decir, negando la pensión de sobreviviente reclamada, bajo los mismos argumentos, estos son, no haberse dado el fallecimiento por las causales contempladas en los artículos 8 y 9 del decreto 2728 de 1968.

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden Constitucional: artículos 2, 4, 13, 23, 25, 42, 48 y 53.

De orden legal y reglamentario: Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 46, 47, 48 y 228, Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13, artículos 1, 19, 21 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 48 de 1993, artículo 40.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada contravino la normas citadas como violadas, por cuanto desconoció que de acuerdo al régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993,

los beneficiarios de aquella persona (afiliado) que hubiere cotizado más de cincuenta semanas durante los tres años anteriores a la fecha de la muerte tienen derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes. El señor José Verlainer Méndez, prestó durante un año y diez meses sus servicios al Ejército Nacional en calidad de Soldado Bachiller o Regular, cumpliendo así el requisito de cotización, por ende, sus beneficiarios, en especial, su menor hijo, tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes. Igualmente, la entidad demandada vulnera el principio de favorabilidad, comoquiera que desconoce los beneficios del régimen general de pensiones, el cual es más favorable respecto del régimen especial, frente a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, aplicable a los soldados regular o bachilleres contenido en el Decreto 2728 de 1968.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa –, en memorial visible a folios 67 a 80, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Para la fecha del fallecimiento del señor José Verlainer Méndez, no ostentaba la calidad de soldador regular o bachiller. Al no ocurrir la muerte del causante estando en servicio activo, es improcedente reconocer la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 447 de 1998.
- A los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no le es aplicable las disposiciones del régimen general de pensiones contenido en la ley 100 de 1997, como quiera que aquellos tienen un régimen especial de pensiones.
- En el presente asunto no es posible invocar el principio de favorabilidad, dado que dicho principio solo es viable de aplicar en caso de duda, situación que no ocurre en el presente caso, pues el estatuto aplicable para la fecha de la muerte del señor José Verlainer, es el Decreto 2728 de 1968, por remisión expresa de la Ley 131 de 1985.

- No es procedente reconocer la pensión de sobreviviente, pues no se materializó una dependencia económica entre el señor José Verlainer y su hijo Cristian Alexander Méndez Ríos, en vigencia de la prestación del servicio militar obligatorio.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reitera los argumentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Manifiesta que el derecho pretendido no es procedente, dado que al momento del fallecimiento del causante su menor hijo no había nacido. Indica que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de los soldados solo opera cuanto la muerte ocurre en la prestación del servicio. Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Indica que no debe tenerse en cuenta la fecha del nacimiento del hijo menor del causante. Advierte que la pensión de sobrevivientes solo es posible ser reconocida en tratándose de soldados regulares siempre que sea activo o este en servicio activo. Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si el menor Cristian Alexander Méndez Ríos, en calidad de hijo del causante, José Verlainer Méndez, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Defensa – le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes contemplada en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ello, el tiempo de prestación de servicio militar obligatorio.”*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. Que el señor José Verlainer Méndez (†) prestó sus servicios al Ejército Nacional, en condición de soldado regular, durante el periodo comprendido entre el 07 de octubre 2008 hasta el día 11 de agosto de 2010 (folio 17).
2. Que el señor José Verlainer Méndez contrajo matrimonio por el rito católico con la señora July Tatiana Ríos Solano (folio 11).
3. Que fruto de la relación marital indicada en el numeral anterior nació el menor Cristian Alexander Méndez Ríos (folio 15)
4. Que el día 26 de agosto de 2011, falleció el señor José Verlainer Méndez (folio 10).
5. Que el día 24 de marzo de 2015, la señora July Tatiana Ríos Solano, en calidad de cónyuge supérstite del señor José Verlainer Méndez, y como madre del menor Cristian Alexander Méndez Ríos, solicitó ante el Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (folio 2).
6. Que mediante Oficio N°. 20155330615391: COEJC-CEJEM-JEDEH – DIPSO – JUR de 09 de julio de 2015, negó la petición presentada por la demandante, para lo cual indicó que para la fecha del deceso, el causante se encontraba retirado del servicio (folio 3).

7. Que la demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por la entidad demandada que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (folio 6).
8. Mediante oficio N°. 201653500060141: COEJC- CEJEM-JEDEH-DIPSO-JUR de enero de 2016, negó el recurso de apelación (folios 7-9).

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Pensión de Sobrevivientes – Ley 100 de 1993

El sistema general de seguridad social comprende tres grandes grupos como lo son: la salud, los riesgos profesionales y las pensiones; de este último grupo tenemos que las pensiones se dividen en tres subgrupos, es decir, en tres tipos de pensión, a saber: la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, esta última pretendida por la actora.

La pensión de sobrevivientes tiene como finalidad la protección económica de las personas que han sufrido la pérdida de un pariente cuando este era quien brindaba los recursos económicos para su sostenimiento. Así entonces, las personas que están llamadas a ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes son aquellas que demuestren el sostenimiento económico por parte del causante.

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, respecto de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los

beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

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

(...)"

Por su parte el artículo 47 *ibídem*, establece quienes son los beneficiarios y el orden de los mismos, así:

“ARTÍCULO 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 o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

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

c) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y ~~cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

De acuerdo con las precitadas normas, en el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, tan sólo se requiere que el causante hubiere cotizado 50 semanas durante los últimos tres años anteriores a la fecha de del fallecimiento. De otro

lado, se observa que son beneficiarios de dicha prestación el cónyuge supérstite o compañera o compañero permanente, hijos, padres y hermanos, según las condiciones fijadas en la ley, y siempre y cuando dependan económicamente del causante.

2.3.2 Pensión de sobrevivientes – Soldados –

La pensión de sobrevivientes para los miembros de las Fuerzas Militares, en especial, para los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, esta reglada no por el sistema general de pensiones sino por el régimen especial.

En tratándose de los soldados regulares o bachilleres, el Decreto 2728 de 1968¹, no establecía el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes sino el pago de una indemnización por muerte², siempre y cuando el deceso hubiere ocurrido en combate, dejando por fuera de este beneficio a aquellos soldados que murieron en simples actos del servicio o en simple actividad, como si lo establecen otras normas aplicables a los militares. En efecto, el Decreto 1211 de 1990³, al referirse a las prestaciones por muerte, determina que hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios cuando el deceso del militar haya ocurrido en combate⁴, en misión del servicio⁵, en simple actividad⁶.

Posteriormente la Ley 447 de 1998, creó en favor de los beneficiarios de soldados regulares o bachilleres una pensión cuando aquel falleciere, y siempre que el deceso se haya producido en combate, suprimiéndose de esta manera la indemnización por muerte contemplada en el Decreto 2728 de 1968. En efecto, el artículo 1º de la referida ley prescribe lo siguiente:

¹ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

² Al respecto el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, establecía lo siguiente: "ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero."

³ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares

⁴ Art. 189.

⁵ Art. 190

⁶ Art. 191.

“ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.

<Jurisprudencia Vigencia>

PARAGRAFO 1º. Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.

PARAGRAFO 2º. Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo. ”.

2.3.3 Favorabilidad Pensional – régimen general

De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política, cualquier relación laboral debe regirse, entre otros, por el principio de la favorabilidad. Dicho principio se refiere a la posibilidad de aplicar la ley más beneficiosa en favor del trabajador, ello cuando exista duda entre dos o más normas. Igualmente, debe aplicarse el principio de favorabilidad, cuando existan diversas interpretaciones sobre una norma.

De acuerdo con lo anterior, es posible que cuando la relación laboral sea de aquellas que tienen un régimen especial sobre cualquier aspecto, ya sea el ingreso – carrera administrativa -, prestaciones u otro, pueda aplicarse el régimen general cuando el régimen especial sea favorable. Se presume que el régimen especial, es denominado así porque contempla mayores beneficios en favor del trabajador, sin embargo, existen situaciones en las cuales dicho régimen es más nocivo frente a determinado derecho o prestación.

Sobre la posibilidad de aplicar normas que rigen para la generalidad a los trabajadores que tienen un régimen especial el Consejo de Estado ha indicado que ello es posible siempre que aquella sea más beneficiosa para aquellos, toda vez que este es la parte débil del vínculo laboral. En efecto, dicha Corporación, en sentencia de 08 de mayo

de 2008, respecto de la aplicación de la Ley 100 de 1993, a personas que están regidas en materia pensional por un régimen especial, precisó lo siguiente:

“(…) como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a las excepciones 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, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales a los Agentes de la Policía Nacional en el ordenamiento que rige la materia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la Entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial”⁷.

La anterior posición fue ratificada en sentencia de 7 de febrero de 2013⁸. En dicha sentencia el Consejo de Estado advirtió que es posible que a aquellas personas que sean beneficiarias de un régimen especial les sea aplicable, atendiendo al principio de favorabilidad, las disposiciones que sean propias del régimen general. Al respecto, sostuvo:

« (...) No obstante lo anterior, tal como lo afirmó la entidad demandada en el acto administrativo acusado, debe decirse que en el caso concreto el señor Carlos Mario Castro Hoyos al momento de su muerte no acumulaba un tiempo de servicio como Agente de la Policía Nacional igual a 15 años que permitiera el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de su cónyuge supérstite, en los términos del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, toda vez que, desde el momento en que inició sus labores como Agente de la referida institución, esto es, el 21 de abril de 1985 hasta su muerte, 24 de diciembre de 1992, transcurrieron 7 años, 9 meses y 11 días (fl. 8).

Sin embargo, tal y como lo afirma la señora Donelly Caro Usuga en el escrito de la demanda, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 consagra en su artículo 46 la misma prestación pensional por sobrevivencia, cuyos requisitos resultan ser más favorables a su situación particular.

Bajo estos supuestos, 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 establecidos por el Decreto 1213 de 1990, en tanto sólo se requiere haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte del afiliado, en contraste a los 15 años de servicios que se exigen en el régimen especial aplicable a los Agentes de la policía Nacional.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de mayo de 2008, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. (1371-07) ACTOR: Maricela López Villabuena.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 050012331000200801384 01 (0998-2012).

(...)

En este punto, estima la Sala que si bien el régimen especial aplicable a los Agentes de la Policía Nacional y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones (...).».

3. Caso Concreto

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se encuentra acreditado que el señor José Verlainer Méndez, prestó sus servicios como soldado regular, en cumplimiento del deber constitucional⁹, desde 07 de octubre de 2008 hasta el 11 de agosto de 2008. Igualmente, está acreditado que el día que el causante, señor Verlainer Méndez, falleció el día 26 de agosto de 2011.

De los hechos antes descritos, se evidencia que a la luz de la Ley 447 de 1998, no es posible el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor del menor Cristian Alexander Méndez Ríos, comoquiera que a la fecha del deceso el señor José Velainer Méndez se encontraba retirado del servicio, situación de la que se infiere que la muerte de aquel no se produjo en combate.

Así las cosas, descartada la posibilidad de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios del señor José Verlainer, corresponde al despacho determinar si es posible el reconocimiento de dicha prestación de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, por favorabilidad.

Observa el despacho que, a simple vista, existe un trato desigual frente a una misma situación, cual es, la muerte, como quiera que el régimen especial contenido en la Ley 447 de 1998, prevé que para los beneficiarios del soldado regular puedan acceder a la pensión de sobrevivientes la muerte de aquel debió producirse en combate, mientras que en tratándose de la ley 100 de 1993, no se exige ningún evento especial respecto del deceso, situación que también está contemplada en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, aplicables a suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Agentes de esta última, dado que

⁹ El artículo 216 de la Constitución Nacional establece que “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, para ello, se estableció en el artículo 3º de la Ley 48 de 1993, la prestación obligatoria del servicio militar. .

en las referidas normas se contempla el pago de una pensión cuando la muerte ocurre por cualquier situación ajena a la prestación del servicio, a lo que se le ha denominado “muerte en simple actividad”.

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable a los soldados regulares y/o bachilleres es más restrictivo que el régimen general respecto a la causa de la muerte para que sea procedente el reconocimiento de pensión de jubilación, por lo tanto, y atendiendo al principio de favorabilidad, sería aplicable en el caso objeto de debate la aplicación de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, observa el despacho que a la fecha del fallecimiento, el señor José Verlainer Méndez no había cotizado las 50 semanas que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no hay lugar al reconocimiento pensional en favor de sus beneficiarios.

Lo anterior, por cuanto, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993¹⁰ - vigente para la fecha del fallecimiento del causante -, el tiempo de prestación del servicio militar solo es computable para efectos del reconocimiento de la pensión jubilación o vejez, cesantías y prima de antigüedad. Así, se evidencia que de manera clara, el legislador excluyó de dicha norma, la posibilidad de computar el tiempo para efectos de la pensión de invalidez y sobrevivientes, siendo la primera de ellas incluida por virtud de la Ley 1861 de 2017¹¹.

En este orden de ideas, se tiene que el tiempo que dura la prestación del servicio militar obligatorio no es computable para efectos de la pensión de sobrevivientes, y ello es así, no solo porque la prestación del servicio militar se realiza por virtud de la obligación constitucional que tienen todos los colombiano, lo que implica que se trata pues, de la “imposición de una carga o un gravamen especial del Estado, sin que exista relación laboral alguna”¹², sino también porque en el reconocimiento de

¹⁰ ARTICULO 40. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley; (...).

¹¹ La ley vigente a la fecha de la sentencia es la ley 1861 de 2017, que sobre el particular dispone: “Artículo 45. *Derechos al término de la prestación del servicio militar.* Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley. (...)

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, C. O. Dra. Martha Nubia Velázquez rico, sentencia de 10 de noviembre de 2017, Rad. N°. 54001-23-31-000-2004-00204-01 (44664), actor Oneida Jácome Camargo, demandado: Ministerio de Defensa Ejército Nacional.

la pensión de sobrevivientes implica *per se* el pago de unas cotizaciones al sistema pensional (tiempo de servicios), las cuales no fueron efectuadas por el causante.

En concordancia con lo expuesto, se observa que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establece que los beneficiarios del “afiliado al sistema que fallezca” tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, supone no solo un cumplimiento de unas semanas de cotización, sino que el causante hubiese tenido la condición de afiliado al Sistema General de Pensiones, situación que no ocurre en el presente evento, dado que el señor José Verlainer nunca tuvo tal condición, y menos aún, hizo cotización alguna por cuenta de la prestación del servicio militar, dado que se reitera, la prestación del servicio militar no conlleva la existencia de una relación laboral.

Decisión.

Atendido a lo aquí expuesto, se concluye, que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 de la ley 100 de 1993, en favor del menor Cristian Alexander Méndez Ríos, dado que el causante no cumplía con los requisitos establecidos en la ley para que sus beneficiarios tuvieran derecho al reconocimiento y pago de la referida prestación, pues no se encontraba afiliado al Sistema General de pensiones, y mucho menos, se acreditó que hubiera efectuado cotizaciones a dicho sistema por concepto de pensiones.

Luego, al no demostrarse que el acto administrativo incurrió en las causales de nulidad alegadas en la demanda, aquel mantendrá su presunción de inocencia. En consecuencia, las pretensiones de la demanda, deberán desestimarse.

Costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala 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.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el

legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹³ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

* Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección “B”, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 1) de enero de 2017, Rad. N°. : 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. : 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁴

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

¹⁴ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional