



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015).

REF: EXPEDIENTE No. 68001233100020110398 01.
No. INTERNO: 4597-2014.
ACTORA: AURORA SÁNCHEZ AGUILERA.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL.
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
DECISIÓN: CONFIRMAR LA DECISIÓN DEL A – QUO QUE ACCEDIÓ PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

FALLO SEGUNDA INSTANCIA - DECRETO 01 DE 1984.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 5 de junio de 2015, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales¹ y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 14 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de Descongestión, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Aurora Sánchez Aguilera contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

1. ANTECEDENTES²

¹ Las cuales se encuentran descritas en el artículo 212 del C.C.A.

² Visible a folios 156 a 170.

Aurora Sánchez Aguilera, por intermedio de apoderado judicial³, en representación de los menores Andrea, Kevin Yesid y Adriana Lozano Sánchez y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad del Oficio No. 302851 de 19 de octubre de 2010 y 20 de diciembre del mismo año, expedidos por el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, que le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, como guardadora que es de los citados menores, quienes son hijos del desaparecido Soldado Profesional José Manuel Lozano Guzmán.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) toda vez que fue desaparecido cuando prestaba su servicio como Soldado Profesional; la sustitución pensional del mencionado señor a sus hijos Andrea, Kevin Yesid y Adriana Lozano Sánchez⁴ a partir del 25 de noviembre de 2004⁵; la indexación los valores objeto de condena; y, la cancelación de los intereses moratorios hasta cuando se produzca el fallo respectivo.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS⁶:

Señaló la demandante que el 16 de junio de 1997 el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue vinculado al Ejército Nacional como “*soldado raso*” y, a partir, del 8 de 1999, empezó a trabajar como Soldado Profesional en el Batallón 41 Rafael Reyes Prieto ubicado en el Municipio de Cimitarra; empleo que desempeñó con buena conducta, al punto que mereció el aprecio y confianza de sus superiores.

Agregó que el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) convivió con la señora María del Pilar Sánchez Aguilera, en la ciudad de Cimitarra, Santander, de cuya unión nacieron los menores Andrea, Kevin Yesid y Adriana Lisset Lozano Sánchez.

³ El abogado Jaime Reátegui Martínez.

⁴ Representados por la demandante.

⁵ Fecha en que ocurrió la desaparición del Soldado Profesional José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.)

⁶ Folios 158 a 163.

Expresó, de un lado, que el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue desaparecido el 25 de noviembre de 2004, presuntamente, por los mismos compañeros de la Compañía Antílope; y de otro, que el 4 de febrero de 2007 la señora María del Pilar Sánchez Aguilera fue asesinada, razón por la cual se vio obligada a hacerse cargo de los niños que quedaron abandonados, y por ello solicitó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra que se declarara guardadora legítima de éstos, quien en Sentencia de 23 de febrero de 2009 así lo dispuso, a fin de que los representara legalmente, administrara los bienes, velara por sus actos debiendo responder por la subsistencia y cuidado.

Afirmó que el 3 de junio de 2010 solicitó al Director de Prestaciones Sociales de la División de Pensiones del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de los hijos del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.); sin embargo, por medio del Oficio No. 302851 de 19 de octubre de 2010 se le indicó que el tiempo laborado por éste, no era suficiente para el reconocimiento de la pensión de jubilación, y por ende, no era viable la sustitución pensional.

Relató que la determinación que se tomó dentro de la Investigación Disciplinaria adelantada en el año 2005 en contra del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), por la pérdida de unos fusiles y en la cual fue sancionado con la separación absoluta de las Fuerzas Militares, no puede tenerse en cuenta para efectos de dejar de reconocer los derechos de los niños, por cuanto es evidente que no tuvo la oportunidad de defenderse.

En su sentir, los menores que representa tienen derecho a la sustitución pensional como quiera que de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 447 de 1998⁷,

⁷ “(...) **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 (11/2) mínimo mensuales y vigentes.

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

el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) laboró por el término de 7 años, 6 meses y 18 días en las Fuerzas Militares, tiempo suficiente para que le reconozcan dicha prestación.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Constitución Política, artículos 2, 6, 13, 44 y 48; Ley 447 de 1998, artículo 1 y 2.

La demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

La autoridad administrativa al expedir los actos acusados desconoció que la muerte de una persona vinculada a las Fuerzas Militares como consecuencia 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, tiene derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente.

Consideró que la administración no puede obrar de manera caprichosa, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y de derecho que corresponde, en ese sentido, no se puede desconocer que cuando se produjo la desaparición forzada del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), éste se estaba prestando sus servicios como Soldado Profesional, y por ende, los menores a quienes representa tienen derecho al reconocimiento de la prestación solicitada.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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.
(...)"*

La apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional propuso las excepciones de ineptitud formal de la demanda y caducidad de la acción; y, se opuso a las pretensiones del actor, en los siguientes términos⁸:

Indicó que no se puede aplicar la Ley 447 de 1998, por cuanto esta normatividad fue establecida para personas fallecidas durante la prestación del servicio militar, situación muy diferente al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), ya que si bien prestó sus servicios a las Fuerzas Militares, lo hizo como Soldado Profesional.

Advirtió que en contra del mencionado señor se adelantó una investigación disciplinaria la cual culminó el 20 de diciembre de 2005 imponiendo una sanción consistente en la separación absoluta de las Fuerzas Militares, razón por la que se le reconocieron y pagaron a sus herederos las prestaciones que había lugar, bajo ese entendido, no es de recibo que ahora se quiera reclamar la pensión de sobrevivientes.

5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Santander de Descongestión, mediante Sentencia de 14 de agosto de 2014, declaró la nulidad de los Oficios Nos. 302851 de 19 de octubre de 2010 y 303543 de 21 de diciembre de 2010; y como consecuencia de lo anterior, ordenó reconocer y pagar a los niños Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez, representados por la señora Aurora Sánchez Aguilera, una pensión de sobrevivientes a partir del 24 de noviembre de 2006, con los reajustes legales y dando cumplimiento a lo establecidos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.; y, denegó las demás pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos⁹:

Consideró que los menores Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, siendo que el causante de la pensión reclamada el señor José

⁸ Folios 186 a 188.

⁹ Folios 319 a 333 Vto.

Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) falleció presuntamente cuando ya había sido retirado de las Fuerzas Militares, porque este tipo de prestación tiene por objeto amparar a la familia afectada por la muerte de quien suplía las necesidades del núcleo familiar.

Argumentó que si bien es cierto el Régimen normativo aplicable al mencionado señor es el Decreto 4433 de 2004, también lo es que el Consejo de Estado ha señalado que si las condiciones o requisitos del régimen especial exceptuado¹⁰ son menos favorables al Sistema de Seguridad Social Integral, el primero debe ceder en su aplicación y la prestación debe reconocerse, siempre y cuando se den los presupuestos de Ley, con fundamento en la norma general por aplicación de la condición más favorable.

Teniendo en cuenta lo anterior afirmó que, en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, frente a los requisitos de la norma especial, en este caso el Decreto 4433 de 2004, como que aquellos le resultan más beneficiosos.

Manifestó que de acuerdo con la pruebas obrantes en el proceso en concordancia con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993¹¹, el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) reúne las condiciones indicadas en la citada normatividad para conferir a sus beneficiarios una pensión de sobrevivientes, por cuanto su tiempo de servicio como miembro de las Fuerzas

¹⁰ Ley 100 de 1993.

“(…) ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (…)”

¹¹ *“(…) ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 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.

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

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.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.

(…)”

Militares, supera las 50 semanas exigidas en los últimos tres años anteriores a su muerte, que para el presente caso será la fecha de su desaparecimiento.

Aclaró que no hay lugar a reconocer los intereses moratorios, ya que la sentencia mediante el cual se reconoce el derecho a los herederos del causante a obtener la pensión de sobrevivientes se constituye en la base para exigir la administración su respectivo pago y eventualmente el de los intereses moratorios a que haya lugar.

Adujo que se deberá reconocer la pensión de sobreviviente a favor de los menores Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez dividida en partes iguales, quienes se encuentran representados por la señora Aurora Sánchez Aguilera en calidad de guardadora, a partir del 24 de noviembre de 2006, fecha en que presuntamente falleció, en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación, reajustada en forma legal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso el monto de la pensión sea inferior al salario mínimo legal vigente. No hay lugar a declarar la prescripción habida cuenta que la sentencia que declaró la muerte presunta del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue proferida el 30 de abril de 2009 y la petición fue presentada el 3 de junio de 2010, es decir, dentro de los tres años siguientes en que surgió el derecho a reclamar.

Finalizó indicando que no se condenará en costas, por no aparecer probadas.

6. LA APELACIÓN

La apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo* y expuso los motivos de inconformidad que a continuación se indican¹²:

Advirtió que se debe tener en cuenta la calidad que ostentaba el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), pues, por un lado, estuvo vinculado a las Fuerzas Militares como Soldado Profesional durante 7 años, 6 meses y 18 días; y por otro, que su retiro de debió a una sanción disciplinaria que culminó con la

¹² Folios 346 a 356.

separación absoluta de la Institución Militar; en tal sentido, la reclamación pensional que se pretende, obedece a la muerte posterior por desaparecimiento que fue declarado el mencionado señor.

De acuerdo con anterior afirmo que si bien es cierto el A – *quo* desestimó la aplicación de la Ley 447 de 1998, también lo es que, “(...) *la muerte por desaparecimiento del señor LOZANO GUZMÁN JOSÉ MANUEL, fue posterior al retiro del servicio por “(...) Determinación del Comandante de la Fuerza”; no siendo de recibo entonces que se reconozca una pensión de sobrevivientes, cuando LOZANO GUZMÁN, ni siquiera se encontraba activo para el momento de la declaratoria de la muerte por desaparecimiento (...)”*.

Expresó que ninguna de las normas aplicables a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares¹³, le resulta favorable al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), por cuanto no se ajustan a la realidad fáctica, específicamente, porque a la fecha de la declaración de la muerte presunta el citado señor ya no pertenecía a las Fuerzas Militares.

Finalmente estipuló que el citado señor fue retirado de la Institución Militar a causa de una sanción que se le impuso en investigación disciplinaria, razón por la que se le reconocieron y pagaron a sus herederos las prestaciones que había lugar.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Problema jurídico

Se contrae a determinar si los niños Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez, en calidad de beneficiarios del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), los cuales están representados por la señora Aurora Sánchez Aguilera, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

¹³ Decretos 1211 de 1990; 1793 de 2000 y 4433 de 2004.

Para el efecto se tendrá que establecer, de un lado, cuál es el régimen que resulta aplicable; y de otro, cuál es la fecha que se debe tener en cuenta para efectos de reconocer la prestación, si el día en que fue declarado muerto de manera presunta¹⁴, o si en su defecto, el día en que desapareció.

Con el objetivo de emitir un pronunciamiento de fondo en torno al asunto puesto a consideración de la Sala, se abordará el estudio de la controversia en el siguiente orden: marco legal de la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen general como en el especial de las fuerzas militares; y, el caso en concreto.

7.2. Marco legal de la pensión de sobrevivientes

Dado que el asunto en debate trata sobre la pensión de sobrevivientes se hace necesario exponer su regulación legal.

¹⁴ Código Civil.

*“(…) **ARTICULO 97. CONDICIONES PARA LA PRESUNCION DE MUERTE.** Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:*

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido, a lo menos, dos años.

2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

3. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación.

4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

5. Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.

6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

7. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

(…)”.

Al respecto se debe señalar que en materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, y 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969 consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento. Así señalan las normas en comento:

“(...) Decreto 3135 de 1968.

Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

(...)

Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.

Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

(...)

Artículo 80. Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el Artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal.

(...)

Artículo 92. Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.

(...)”

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973¹⁵, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del sector público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

“(...) Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea

¹⁵ Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.

*este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.** (...)*

*Parágrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, **les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.**" (Se resalta)*

Luego, la Ley 12 de 1975 sólo exigió que el trabajador o empleado hubiera completado el tiempo de servicio, de manera que si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional.

*"(...) Artículo 1° El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, **tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas.** (...)" (Se resalta)*

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, amparando con tal medida el derecho de la familia del empleado que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, la cual al consagrar el Sistema General de Pensiones derogó tácitamente¹⁶ la Ley 12 de 1975. Esta nueva

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-328/01.

"Derogación de la norma acusada y estudio de los cargos del demandante.

2- La norma acusada hace parte de la Ley 113 de 1985, que adiciona la Ley 12 de 1975, que regula ciertos aspectos de la llamada pensión de sobrevivientes. Ahora bien, la Ley 100 de 1993, que es norma posterior, creó el sistema general de seguridad general, y en su libro primero establece el régimen general de pensiones. Específicamente, ese libro primero regula integralmente la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media (artículos 46 y ss) como en el de ahorro individual (arts 73 y ss). Así, las normas sobre el régimen de prima media señalan al respecto:

Por su parte, los artículos 73 y ss de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3° de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas

norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida¹⁷ como en el de ahorro individual¹⁸, señalando que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el afiliado que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

De no darse las condiciones expuestas para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, el artículo 49 y 78 de la ley 100 de 1993 se creó para el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, y para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la devolución de fondos según la cual los beneficiarios del afiliado tienen derecho a recibir la totalidad del saldo abonado en la cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a éste hubiera lugar.

“TÍTULO II

Régimen solidario de prima media con prestación definida

(...)

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

Artículo. 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no

previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º de la ley 153 de 1887 dice que se estima "insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (subrayas no originales).

La Corte Suprema de Justicia, en su momento, y esta Corte Constitucional han reconocido, en numerosas ocasiones, ese efecto derogatorio de la ley posterior que regula integralmente un tema. Así, la Corte Suprema -Sala Plena- en múltiples pronunciamientos reiteró que el ejercicio de la facultad legislativa consistente en expedir códigos, estatutos orgánicos o regímenes legales integrales implica la derogación de las normas incorporadas a éstos para integrar un solo cuerpo normativo¹⁶, tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional¹⁶.

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte¹⁶. Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda.”.

¹⁷ Artículos 49 a 49 de la ley 100 de 1993

¹⁸ Artículos 73 a 78 de la ley 100 de 1993

hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley.

(...)

TÍTULO III

Régimen de ahorro individual con solidaridad

(...)

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

Artículo. 78.-Devolución de saldos. Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensionad, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensionad si a éste hubiera lugar.”.

En conclusión se tiene que el sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la ley 100 de 1993; Por tanto, en la actualidad en vez de la sustitución pensional rige la pensión de sobrevivientes contemplada dentro del Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes.

7.3. Marco legal de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública.

El Decreto 2728 de 1968, *“por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”*, en el artículo 8º estableció algunas prestaciones de carácter económico a favor de los soldados que en servicio activo mueren *“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”*. Al respecto, la norma en referencia preceptúa:

“(...) 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. (...).

Por su parte, en el Capítulo V del Decreto 1211 de 1990 se determinó las prestaciones por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. El artículo 189 de este Decreto, indicó que:

“(...) A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a). A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*
 - b). Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*
 - c). Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*
 - d). Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.*
- (...).*

Posteriormente, la Ley 447 de 1998, dispuso en su artículo 1°, que *“(...) 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 (...).

Así mismo, dicha ley estableció en su artículo 5° que “(...) serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 (...). Y estableció que, “(...) como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva (...).

Con posterioridad se dictó la Ley 923 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política”. Esta Ley, en el artículo 3 estableció los **requisitos mínimos** para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez, en los siguientes términos:

*“(...) **Artículo 3.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

*(...) **3.6.** El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.*

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública (...).

La Ley marco 923 de 2004, extendió sus efectos para el reconocimiento pensional de invalidez y sobrevivientes a los hechos ocurridos en servicio o simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, en su artículo 6 que en su tenor literal reza:

“(...) ARTÍCULO 6o. El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley (...).”

Al día siguiente de la expedición de la Ley 923, el gobierno nacional dictó el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”. En el artículo 1 se fija el campo de aplicación, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto (...).”

En el mismo Decreto se establece la normativa para la pensión de sobrevivientes de cada una de las Fuerzas que conforman la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentra la Policía Nacional, cuyo régimen pensional se estableció en el Título III y lo relativo a la pensión de sobrevivientes en el capítulo III de este Título diferenciando los requisitos para la pensión de sobrevivientes cuando la muerte se causa en actos especiales del servicio, actos de servicio y muerte en simple actividad.

Así en el artículo 21 se establecieron los requisitos para la pensión de sobreviviente en simple actividad, en los siguientes términos:

“Artículo 21. Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el

Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.

(...)”.

7.4. Caso en concreto.

Concretamente, en el presente asunto, la señora Aurora Sánchez Aguilera, actuando en representación de los niños Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), como quiera que era el padre de los menores.

Al respecto es preciso indicar, que el 23 de febrero de 2009, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra, Santander, declaró¹⁹ a la señora Aurora Sánchez Aguilera (tía materna) guardadora legítima de los niños Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez por cuanto la madre de éstos, la señora María del Pilar Sánchez Aguilera falleció el 4 de febrero de 2007²⁰, y el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) desapareció el 24 de noviembre de 2004.

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es necesario relacionar el material probatorio que obra en el expediente:

A folios 27 a 29 se encuentran los Registros Civiles de Nacimiento de los niños Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez, en donde se evidencia que los señores María del Pilar Sánchez Aguilera y José Manuel Lozano Guzmán eran sus padres.

Por disposición de la Orden Administrativa de Personal No. 001292 del 1º de enero de 2005 el Jefe del Desarrollo Humano del Ejército Nacional retiró del servicio activo al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), de acuerdo con lo establecido por el Decreto 1793 de 2000, por “(...) DISPOSICIÓN DEL COMANDANTE DE LA FUERZA (...)” (folios 213 y 214 Vto.)

¹⁹ Folios 5 a 12.

²⁰ Prueba de ello es el Registro Civil de Defunción que obra a folio 25.

El 19 de febrero de 2005 el Jefe de Personal del Batallón de Infantería No. 41 General Rafael Reyes Prieto, certificó que el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue incorporado como Soldado Profesional mediante Orden Administrativa No. 01008, el 10 de febrero de 1999 (folio 115).

El 20 de diciembre de 2005 el Comandante del Batallón de Infantería No. 41 General Rafael Reyes Prieto sancionó al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) con la separación absoluta de las Fuerzas Militares, por encontrarlo responsable de la sustracción 2 fusiles marca Galil 5.56mm el 24 de noviembre de 2004 “(...) *quien confesó haberlo hecho y posteriormente huyó (...)*”²¹ (folios 138 a 147).

El 30 de abril de 2009, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra, Santander declaró la muerte presunta del señor José Manuel Lozano Guzmán, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil²², a partir del 24 de noviembre de 2006 (folios 17 a 24).

²¹ A manera de información, y sin que ello tenga que ver con el proceso e incida en las resultas del mismo pues ello sería como vulnerar el derecho de defensa de las partes, se precisa que el 16 de diciembre de 2014 el Tribunal Superior de Boyacá, Sala de Justicia y Paz, dictó sentencia parcial, dentro del expediente No. 110016000253-2006-82611 en contra de los señores Arnubio Triana Mahecha y Jhon Jairo Palomeque Mosquera, entre otros, quienes al parecer fueron los autores del homicidio del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.).

“(…) Hecho 6: Homicidio en persona protegida de José Manuel Lozano (soldado profesional desertor) 408. José Manuel Lozano Guzmán, soldado profesional del Batallón Reyes, desertó llevándose dos fusiles; contacto a ARNUBIO TRIANA MAHECHA para ofrecerle en venta las armas de fuego; quien decidió devolverlas al comandante operativo del mencionado batallón y ordeno a alias “Morcilla”, de nombre JHON JAIRO PALOMEQUE MOSQUERA, que asesinara a Lozano el 25 de noviembre de 2004, entre la vereda El Marfil y Puerto Pinzón de Puerto Boyacá, quien le ocasiono la muerte y lo desapareció, desconociéndose el lugar donde se encuentra ubicada la fosa (...)”.

²² “(...) **ARTÍCULO 97. CONDICIONES PARA LA PRESUNCION DE MUERTE.** Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido, a lo menos, dos años.

2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

3. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación.

4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, a

A través del Oficio de 19 de octubre de 2010, el Subdirector de Prestaciones Económicas de las Fuerzas Militares negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante en representación de los niños que presenta, por cuanto el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) había sido retirado del servicio el 1 de enero de 2005 por determinación del “Comandante de la Fuerza”; adicionalmente señaló que el mencionado señor estuvo vinculado al Ejército Nacional por el término de 7 años, 6 meses y 18 días (folios 35 y 36).

Una vez que se ha examinado el material probatorio se pregunta la Sala, **¿cuál el Régimen aplicable al caso en concreto?**

Se puede afirmar que el Régimen Especial de las Fuerzas Militares establecido en el Decreto 4433 de 2004²³ no es el aplicable para el caso en concreto, puesto que para el 24 de noviembre de 2006, fecha en que fue declarado presuntamente muerto el Soldado Profesional del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), ya se encontraba retirado del servicio como consecuencia de la Orden Administrativa de Personal No. 001292 del 1º de enero de 2005, por determinación del “Comandante de la Fuerza”. Adicionalmente no se puede desconocer la sanción que se le impuso el 20 de diciembre de 2005 al citado señor dentro del proceso disciplinario que se le adelantó, presuntamente, por la pérdida de dos fusiles y la cual le trajo como consecuencia el retiro de manera definitiva de las Fuerzas Militares.

petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

5. Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.

6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

7. Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

(...).

²³ *“(...)por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*

(...).

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 Corporación²⁴ 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.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995²⁵ desarrolló los anteriores argumentos de la siguiente forma:

“4. La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

²⁵ Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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.

(...)

5. Por las razones anteriores 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 cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.”

Conforme a lo anteriormente expuesto, si a los beneficiarios del señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) se le aplicara la normativa especial de la Fuerza Pública para determinar si tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que este régimen es claro en indicar que dicha prestación se reconoce cuando la muerte se causa en actos especiales del servicio, actos de servicio y/o muerte en simple actividad, exigencias que, se reitera, no acredita el citado señor.

Por el contrario, si para los mismos efectos se le aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha de declararse la muerte presunta, la respuesta al anterior cuestionamiento, sería afirmativa y, en consecuencia, resulta procedente reconocer la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, en casos con contornos similares al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia, dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no

se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos²⁶.

Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la Fuerza Pública²⁷, también lo es que la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó lo siguiente:

“(...) la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias²⁸.” (negrilla fuera de texto)

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

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

Como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios²⁹.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 27 de marzo de 2008, Expediente No. 25002325000199905264 01 (2833-2004), Actor: Jhon James Trujillo.

²⁷ “ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.”.

²⁸ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁹ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En otras palabras es dable concluir que si bien la existencia de regímenes especiales en materia de seguridad social no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pueden presentarse casos específicos como el que nos ocupa en que las disposiciones de los mismos resulten menos favorables que el régimen general, y las demás prestaciones contempladas no tienen la potencialidad de compensar tal afectación, razón por la cual, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe recurrir al régimen general, establecido en la Ley 100 de 1993.

Vistas así las cosas, solo resta por examinar si se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para efectos de ordenar su reconocimiento, el cual señala lo siguiente:

*“(...) **ARTICULO. 46.-** Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 **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.*
 - a) Literal INEXEQUIBLE*
 - b) Literal INEXEQUIBLE (...).”*

En ese sentido, en el presente caso no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) la procreación de los niños Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez, producto de la unión conyugal de los señores María del Pilar Sánchez Aguilera y José Manuel Lozano Guzmán; y, ii) que la muerte presunta del mencionado señor fue declarada judicialmente el 30 de abril de 2009, a partir del 24 de noviembre de 2006.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que se cumplieron con las condiciones necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que no solo se demostró el grado de parentesco por parte de los hijos del causante, sino también, se encuentra acreditado que el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) cotizó al Sistema de las Fuerzas Militares durante 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte, puesto

que de acuerdo con lo probado en el proceso, el mencionado señor estuvo vinculado hasta el 1º de enero de 2005.

En este caso específico la Sala observa que, si se tiene en cuenta el día 24 de noviembre de 2006 como fecha inicial del conteo regresivo de las 50 semanas que debieron ser cotizadas durante los últimos tres años anteriores a la fecha del fallecimiento, se concluiría sin lugar a dudas que los beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que entre el 25 de noviembre de 2003, fecha inicial del conteo, y el 1 de enero de 2005, fecha en que fue retirado del servicio, transcurrieron las 50 semanas necesarias para el mencionado reconocimiento.

Un argumento adicional en caso de que no se admita el anterior planteamiento, es que por vía jurisprudencial se ha expresado desde el año 2002 que en tratándose de la pensión por sobrevivencia cuando la muerte es declarada por desaparecimiento, la fecha a tener en cuenta por el operador jurídico para determinar el requisito de las cotizaciones no debe ser la declarada por el Juez sino aquella en la que la persona desapareció, como quiera que se torna en un imposible categórico que se hayan efectuado cotizaciones dentro del lapso comprendido entre el desaparecimiento y la declaratoria de muerte presunta. Al respecto ha señalado³⁰:

“(…)

“Para la Corte, realmente la conclusión del Tribunal no resulta desacertada, puesto que, pese a que la muerte por desaparecimiento fue declarada judicialmente a partir del 30 de septiembre de 1995, no podría exigirse el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

De aceptarse el razonamiento del ISS, según el cual, como a la fecha de la muerte presunta del desaparecido (30 de septiembre de 1995) éste no había cotizado las 26 semanas dentro del año anterior a la muerte que exige el artículo 46, numeral 2º de la Ley 100 de 1993, es lógico que en todos los casos en que como fecha de la muerte presunta se fije el último día del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias (artículo 97, regla 6º, Código Civil) será imposible que el desaparecido haya cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año anterior a la fecha señalada como de muerte presunta y lo será, porque por razones obvias, el desaparecido en cuanto tal no tiene posibilidad física ni jurídica de realizar las tales cotizaciones desde el momento de su desaparecimiento. Tiene establecido la lógica, y lo ha recogido

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de julio de 2002, Radicación No.16947, Magistrado Ponente: Luis Gonzalo Toro Correa.

el derecho civil como de sus principios en aforismo, que nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). De allí que pueda decirse que el desaparecimiento constituye una circunstancia de fuerza mayor que impide de modo absoluto al desaparecido el cumplimiento de su obligación de seguir efectuando sus aportes a la seguridad social.

*Si ello es así -se repite- no considera la Corte desacertado el juicio del fallador colegiado cuando se apartó de la exigencia prevista por el numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues el señor ELKIN MEDARDO RODRÍGUEZ BUILES había desaparecido el 30 de septiembre de 1993 y así la exigencia de seguir efectuando cotizaciones no podía hacerse sino hasta esta misma fecha. Además, porque cuando tal circunstancia aconteció, aún no estaba rigiendo la susodicha ley de seguridad social.
(...)”*

En similares términos la Corte Constitucional se ha venido pronunciado, ya que en la Sentencia T-776 de 2009 decretó un amparo transitorio en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en relación con la cónyuge y los hijos menores de edad de una persona que fue víctima de desaparición forzada. Al pronunciarse sobre el caso concreto, consideró que la contabilización de las 50 semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado, debía realizarse desde el momento en el que el desaparecido estuvo en imposibilidad física y jurídica de cotizar y no desde cuando se decretó la muerte presunta por las autoridades judiciales, veamos:

*“(...) En ese orden de ideas, la Sala encuentra que a Elizabeht Mestre Hernández al igual que sus hijos Jorge Leonardo Riveros Mestre, Juan Sebastián Riveros Mestre y David Alexander Riveros Mestre, les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes causado por la desaparición y posterior muerte de su esposo y padre respectivamente, el día 3 de junio de 2002, ya que a partir de este momento entró el mismo en incapacidad física y jurídica para continuar realizando los aportes al sistema General de Pensiones.
Por las conclusiones expuestas, la Sala encuentra que los argumentos dados por la demandada resultan contrarios a las normas aplicables al caso y a la amplia jurisprudencia que ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia, puesto que no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas durante los tres últimos años anteriores a la fecha del desaparecimiento del causante y en su lugar se tuvo en cuenta la fecha de declaratoria de su muerte presunta.
(...)”.*

En consecuencia, la fecha que se debe tener en cuenta para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, no puede ser el de la muerte presunta, sino aquella hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad física y jurídica de realizar cotizaciones.

Así las cosas, la Sentencia impugnada, que accedió a las súplicas de la demanda será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la Sentencia de 14 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de Descongestión, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Aurora Sánchez Aguilera contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

No. INTERNO: 4597-2014

ACTORA: AURORA SÁNCHEZ AGUILERA

ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

CASO: 1) El señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue vinculado al Ejército Nacional como “soldado raso” y, a partir, del 8 de 1999, empezó a trabajar como Soldado Profesional. **2)** el citado señor convivió con la señora María del Pilar Sánchez Aguilera, de cuya unión nacieron los menores Andrea, Kevin Yesid y Adriana Lisset Lozano Sánchez **3)** el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue desaparecido el 25 de noviembre de 2004, razón por la que su muerte presunta fue declarada judicialmente el 30 de abril de 2009, a partir del 24 de noviembre de 2006. **4)** El 1º de enero de 2005, el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) fue retirado del servicio por disposición del Comandante de la Fuerza. **5)** El 4 de febrero de 2007 la señora María del Pilar Sánchez Aguilera fue asesinada (la madre de los niños). **6)** En vista a que los niños quedaron huérfanos, la señora Aurora Sánchez Aguilera (tía de los niños) quedó a cargo de éstos, por disposición judicial.

DECISIÓN DEL A QUO: Accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que: **1)** los menores Andrea, Adriana Lisset y Kevin Yesid Lozano Sánchez tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, siendo que el causante de la pensión reclamada el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) falleció presuntamente cuando ya había sido retirado de las Fuerzas Militares, porque este tipo de prestación tiene por objeto amparar a la familia afectada por la muerte de quien suplía las necesidades del núcleo familiar. **2)** De acuerdo con la pruebas obrantes en el proceso en concordancia con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) reúne las condiciones indicadas en la citada normatividad para conferir a sus beneficiarios una pensión de sobrevivientes

IMPUGNACIÓN (La entidad demandada): 1) ninguna de las normas aplicables a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, le resulta favorable al señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.), por cuanto no se ajustan a la realidad fáctica, específicamente, porque a la fecha de la declaración de la muerte presunta el citado señor ya no pertenecía a las Fuerzas Militares.

DECISIÓN DE LA SALA: SE CONFIRMA. 1) 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. **2).** se puede afirmar que se cumplieron con las condiciones necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que no solo se demostró el grado de parentesco por parte de los hijos del causante, sino también, se encuentra acreditado que el señor José Manuel Lozano Guzmán (Q.E.P.D.) cotizó al Sistema de las Fuerzas Militares durante 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte, puesto que de acuerdo con lo probado en el proceso, el mencionado señor

estuvo vinculado hasta el 1º de enero de 2005. **3)** Por vía jurisprudencial se ha expresado desde el año 2002 que en tratándose de la pensión por sobrevivencia cuando la muerte es declarada por desaparecimiento, la fecha a tener en cuenta por el operador jurídico para determinar el requisito de las cotizaciones no debe ser la declarada por el Juez sino aquella en la que la persona desapareció, como quiera que se torna en un imposible categórico que se hayan efectuado cotizaciones dentro del lapso comprendido entre el desaparecimiento y la declaratoria de muerte presunta.

Elaboró: Miguel Ángel Cárdenas González