



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, trece (13) de mayo del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 157593333002-2019-00041-00.
Demandante: MARLENY GALVIS MONTOYA
Demandado: Nación – Min. Defensa – Ejército Nacional

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Marleny Galvis Montoya, actuando a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 3233 del 08 de agosto de 2016 emitida por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa, a través de la cual se le negó la pensión de invalidez post mortem y pensión de sobrevivientes del causante José Andrés Hincapié Galvis, igualmente que se declare la nulidad de la Resolución No.0151 de 03 de enero de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso reposición.

Así las cosas, pretende se declare que el Suboficial José Andrés Hincapié Galvis tuvo derecho a la pensión de invalidez desde el 01 de mayo de 1996 por haber sufrido trauma encéfalo craneano severo y haber fallecido por dicha causa, sin que se le hubiese reconocido el derecho.

En ese orden, busca que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem en cuantía del 100% del último salario devengado con efectos fiscales al 13 de septiembre de 1996 y por consiguiente se reconozca la sustitución pensional a favor de sus padres, parte demandante en este proceso.

Como pretensión subsidiaria plantea que se ordene a la demandada reconocer y pagar pensión de sobrevivientes del causante José Andrés Hincapié Galvis a favor de la parte demandante.

Para culminar, solicita que la sentencia se cumpla en los términos del Art. 192 del CPACA y se condene en costas a la entidad demandada. (fls.2-4 arch.01).

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La demanda sostiene que señor José Andrés Hincapié Galvis prestó sus servicios al Ejército Nacional entre el 01 de marzo de 1995 y el 12 de septiembre de 1996, siendo el último cargo que desempeñó el de Cabo Segundo.

Agrega que el 01 de mayo de 1996 en las instalaciones del Batallón "Tarquí", el señor Hincapié Galvis recibió un impacto de bala en su cabeza, por lo que fue remitido al Hospital Militar de Bogotá, donde estuvo hasta el 12 de septiembre de 1996, cuando se produjo su fallecimiento.

Señala que durante el tiempo que el suboficial recibió el disparo y permaneció hospitalizado, estuvo en condición de discapacidad, con pérdida de capacidad laboral superior al 75%, lo que le permitía acceder la pensión de invalidez por pérdida de su capacidad psicofísica.

Indica que los demandantes Marleny Galvis Montoya y Orlando Hincapié Caviedes (el último falleció en desarrollo de este proceso), en calidad de padres del suboficial, ostentan los requisitos y las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, por tanto el día 13 de junio de 2016, radicaron ante la Caja de Sueldo de Retiro de las Fuerzas Militares, valoración para la calificación post mortem de la pérdida de capacidad laboral, a fin de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Hincapié Galvis y la sustitución de la misma o la pensión de sobrevivientes a partir de la ocurrencia del deceso, solicitud que fue negada mediante resolución No. 3233 del 08 de agosto de 2016 expedido por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa y mediante Resolución No. 151 de 03 de enero de 2017, a través de la cual se desató el recurso de reposición en el sentido de confirmar la decisión adoptada por la entidad demandada.

Refiere que la entidad no cumplió con su obligación de ordenar la calificación de pérdida de capacidad laboral post mortem, por lo cual se solicitó la calificación de un perito experto en el tema, el cual fue elaborado por el médico Armando Cardozo Vargas, quien señaló que el señor Hincapié Galvis, tuvo una pérdida de capacidad laboral equivalente al 98% con fecha de estructuración 01 de mayo de 1996 (*fls.4-7 arch.01*).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición de los actos administrativos demandados se transgredieron las siguientes disposiciones: (*fls.7-31 arch.01*)

De rango Constitucional: Arts. 2, 4, 13, 28, 48 y 53.

De rango Legal: Decreto 1211 de 1990 Arts. 181, 182 y 185 y Ley 100 de 1993 Arts. 46 a 48 y 288.

Ahora bien, los argumentos del concepto de violación se pueden sintetizar como sigue:

Afirma el apoderado de la parte actora que, la decisión adoptada por la entidad demandada vulnera el deber de protección y efectividad de los derechos laborales consagrados por la Constitución, así como el tratamiento igualitario en similares circunstancias. En cuanto al Art. 48 Constitucional, señala que no ha sido garantizado el servicio a la seguridad social.

Posteriormente hace alusión a los Arts. 181 y 182 del Decreto 1211 de 1990, afirmando que dicha normatividad se aplica para el *sub lite*, pues el señor José Andrés Hincapié Galvis estuvo durante más de tres meses con una disminución o pérdida de la capacidad laboral superior al 95%, además, señala que no puede constituirse como obstáculo legal para reconocer la pensión de invalidez post mortem el argumento sostenido por la demandada, concerniente a no haber podido determinar la disminución de la capacidad laboral por cuanto el señor Hincapié Galvis estuvo activo hasta el momento de su muerte.

Aunado a ello, afirma que riñe con la lógica y con el Art. 53 de la Constitución, que por el hecho de la muerte del citado señor y su no calificación anterior, se le prive a sus padres de las prestaciones a que tienen derecho, como lo prevé el Art. 185 del Decreto 1211 de 1990.

Refiere que no es de recibo el argumento de la entidad demandada en cuanto a su incompetencia para realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor José Andrés Hincapié Galvis, pues en gracia de discusión y de no ser competente, la entidad debió remitir la petición de calificación a la autoridad correspondiente, esto en virtud a lo preceptuado por el Art. 21 del CPACA.

Luego reconoce que los miembros de las Fuerzas Militares tienen un régimen especial, pero considera contrario a los Arts. 13, 48 y 53 de la Constitución Política que, según dicho régimen, la pensión de sobrevivientes se reconozca solo por muerte en combate, desamparando a aquellos cuya muerte fue en simple actividad, como sucede en el caso *sub examine*, sustentando su inconformidad con apartes jurisprudenciales.

Expone que las condiciones previstas en los Arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 pueden ser aplicables a miembros de la Fuerza Militar, en atención al principio de favorabilidad en consonancia con lo dispuesto en el Art. 288 *ídem*.

Así, después de hacer un análisis de los requisitos exigidos por las normas precitadas, afirma que la parte demandante tiene derecho a percibir la pensión de sobreviviente de su hijo, quien al momento de su deceso contaba con más de 26 semanas al servicio de la entidad demandada y falleció en actividad, esto en caso de no acceder a la pensión de invalidez.

Concluye que es evidente que la entidad demandada al negar la prestación viola la normatividad antes enunciada, puesto que se niega a calificar la situación del causante, según Arts. 181 y 182 del Decreto 1211 de 1990, para adecuarlo al simple caso de pensión de sobrevivientes de que trata el Art. 191 *ídem*, así, manifiesta que la interpretación errónea surge de desconocer principios constitucionales y legales, tales como favorabilidad, equidad y primacía de la realidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional mediante apoderada judicial contestó la demanda (*Archivo 07*) oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante.

En lo que respecta a los hechos no desconoce ninguno y como razones de defensa expone que con ocasión al fallecimiento del señor José Andrés Hincapié Galvis a sus padres se les reconoció y pagó la compensación correspondiente, a través de la resolución Nro. 5658 de 13 de mayo de 1997, de conformidad con el Art. 191 del Decreto 1211 de 1990.

Bajo este contexto, plantea la legalidad del acto administrativo demandado, indicando que el acto administrativo es obligatorio mientras no sea suspendido o anulado por la Jurisdicción, entonces afirma que el acto se concibió en uso de las facultades y protección del interés colectivo que ostenta la autoridad, con sujeción a la competencia y a la normatividad vigente sobre la materia.

Al descender al caso concreto, reitera lo concerniente al pago de la compensación efectuado a los padres del causante, adicionalmente observa que la parte demandante no ha probado la dependencia económica total y absoluta, motivo por el cual no se lograrían sus pretensiones.

Aunado a ello, solicita al Despacho la aplicación del Art. 13 de la ley 797 de 2003, iterando que hasta que no se demuestre el vínculo económico de los actores respecto de los recursos del fallecido, estos no pueden gozar de ningún derecho prestacional.

Por otro lado, afirma que en el *sub lite* no procede la aplicación de los Arts. 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que estos se refieren a oficiales y suboficiales que mueren en combate, por tanto no es posible realizar una interpretación extensiva de la norma.

Después solicita que, en el evento de acoger las pretensiones de la demanda, se apliquen los pagos recibidos por los demandantes como compensación por la muerte del señor José Andrés Hincapié Galvis, y eventualmente se tenga en cuenta la prescripción cuatrienal. Finaliza su intervención solicitando que sean negadas las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se radicó el 10 de septiembre de 2018 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (*fl.1 arch.05*), Corporación que la remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Boyacá, de donde a su vez fue remitida a los Juzgados Administrativos del Circuito de Sogamoso, a través de auto del 06 de diciembre de 2018, el cual fue recurrido por el apoderado de la parte demandante (*fl.13-35 arch.05*).

Resuelto dicho recurso, el 22 de febrero de 2019 la demanda fue asignada por reparto a éste Despacho Judicial (*fl.1 arch.06*). Así, verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, mediante auto de 25 de junio de 2019 se admitió la demanda (*fl.6-7 arch.06*), una vez notificada y dentro del término consagrado por el Art. 172 del CPACA, la entidad demandada dio contestación a la demanda (*arch.07*). Sin embargo, a través de auto de 12 de noviembre de 2019 se requirió a la entidad demandada la remisión del poder original con sus soportes, los cuales fueron aportados al plenario (*arch.07 fls.12-27*).

Mediante auto de 20 de enero de 2020 (*arch.10 fl.1*) se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial, la cual se inició el 24 de febrero de 2020 y atención a la solicitud de sucesión procesal, se efectuaron unos requerimientos, motivo por el cual la diligencia fue suspendida (*arch.10 fls.17-18*).

A través de proveído de 03 de agosto de 2020 (*arch.13*) se reconoció a la señora Marleny Galvis Montoya como sucesora procesal del señor Orlando Hincapié Caviedes (fallecido) y se fijó fecha para continuar con la audiencia inicial, la cual se realizó el 02 de septiembre de 2020 (*arch.18 y 19*).

La audiencia de pruebas se llevó a cabo los días 30 de octubre, 04 y 06 de noviembre del año 2020 (*arch.26 a 31*), en la última sesión se prescindió de la audiencia de juzgamiento y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, otorgando el mismo término al Ministerio Público para rindiera su concepto (*arch.31*).

Encontrándose el proceso para fallo, a través de auto de fecho 08 de febrero hogaño en auto de mejor proveer, el Despacho solicitó a la parte demandante que allegara la resolución que concedió la pensión y/o jubilación al señor Orlando Hincapié Caviedes, para el año 1996 (*arch.35*).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El mandatario judicial de la **parte demandante** radicó sus alegaciones (*arch.32*), indicando que está acreditado dentro del plenario que el señor José Andrés Hincapié Galvis prestó sus servicios para el Ejército Nacional entre el 01 de marzo de 1995 y el 12 de septiembre de 1996, siendo el último cargo ocupado el de Cabo Segundo, igualmente, que el 01 de mayo de 1996 el citado señor recibió un impacto de bala que lo mantuvo en estado de incapacidad hasta el 12 de septiembre de 1996, fecha en la cual falleció.

Aunado a ello, se refiriere al dictamen pericial rendido por el médico Armando Cardozo Vargas, de acuerdo al cual el señor Hincapié Galvis, tuvo una pérdida de capacidad laboral del 98% con fecha de estructuración 01 de mayo de 1996. Luego aduce que a dicho señor le sobrevive únicamente su mamá, quien es la aquí demandante, y que según lo manifestado por los testigos, es ama de casa y no percibe ingresos independientes.

Posteriormente hace alusión a los Arts. 181 y 182 del Decreto 1211 de 1990, reafirmando que dicha normatividad se aplica para el *sub lite*, pues el señor José Andrés Hincapié Galvis estuvo durante más de tres meses con una disminución o pérdida de la capacidad laboral superior al 95%, además, manifestó que en virtud al Art. 185 *ídem*, la demandante está llamada a reclamar la pensión de invalidez del causante.

Así mismo el abogado indica, tal como hizo en la demanda, que por principio de favorabilidad, la actora puede acogerse a los Arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, entonces aseveró que negar la prestación con fundamento al Art. 279 *ídem* resulta inequitativo y contrario a los principios que rigen el sistema de Seguridad Social.

Cita el Art. 46 *ibídem*, para referirse a los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, al respecto aseguró que, el señor Hincapié Galvis prestó sus servicios a la entidad demandada por más de 77,14 semanas.

Además sostiene que conforme a lo declarado por la testigo Alba Lucy Gálvez Montoya, que el occiso colaboraba a sus padres para el sostenimiento del hogar, mediante giros de dinero que enviaba a su madre, y que si bien su padre percibía pensión de vejez, ésta no era suficiente para cubrir todos gastos, resaltó que según la testigo el causante no tenía novia, esposa o hijos.

Con relación al testigo Jimmy Alexander Tapiero Loaiza, menciona que en su declaración adujo que José Andrés Hincapié Galvis empezó el curso de suboficial con el propósito de ayudar a su mamá y sacar adelante a sus hermanos, toda vez que la pensión que recibía el papá no era suficiente, y que cada vez que le pagaban le enviaba dinero a su madre para mitigar sus obligaciones.

Finalmente, solicita se acceda a las pretensiones.

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional** presenta sus alegaciones finales (*arch.33*), en los cuales itera lo expuesto en la contestación de la demanda en lo atinente al pago de 24 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo, única prestación a la que tenía derecho la parte demandante, en virtud al Decreto 2728 de 1968.

Adicionalmente manifiesta que el Decreto 1211 de 1990 no es aplicable al *sub examine*, comoquiera que regula las prestaciones económicas en caso de muerte en combate y el señor José Andrés Hincapié Galvis para la época de su defunción, ostentaba la calidad de soldado campesino.

Agrega que los miembros de la Fuerza Militar están regidos por norma especial, así que dando aplicación al Art. 8 del Decreto 2728 se ascendió al señor Hincapié Galvis, de soldado regular al grado de Cabo Segundo, otorgando a favor de sus padres, el auxilio de cesantía doble y la compensación por muerte correspondiente a 48 meses de haberes, sin que se cumplan los requisitos para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, por consiguiente solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

La **Agente del Ministerio Público** delegada ante este despacho no rindió concepto dentro de este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la demandante Marleny Galvis Montoya, en calidad de madre del suboficial póstumo José Andrés Hincapié Galvis, fallecido el 12 de septiembre de 1996, tiene derecho a que el Ministerio de Defensa, reconozca y pague sustitución pensional, previo reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem del referido servidor, por el tiempo en que estuvo en condición de invalidez comprendido entre el 1 de mayo de 1996 hasta el 12 de septiembre de 1996, momento de su fallecimiento, o en su defecto, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, regulada en la Ley 100 de 1993.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Prestaciones por incapacidad sicofísica (Pensión de Invalidez)

Sobre el particular, el Decreto 1211 de 1990 dispone:

ARTICULO 181. DISMINUCION DE LA CAPACIDAD SICOFISICA. Los Oficiales y Suboficiales que en el momento de su retiro del servicio activo presenten una disminución de la capacidad sicofísica determinada por la Sanidad Militar, que no haya sido indemnizada en la forma prevista en el artículo 155 de este Decreto, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague:

a. Una indemnización que fluctuar entre uno (1) y treinta y seis (36) meses de sus haberes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de acuerdo con el índice de lesión fijado en el respectivo Reglamento.

b. El auxilio de cesantía y demás prestaciones que les correspondan en el momento del retiro.

c. Mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual liquidada con base en las partidas señaladas en el artículo 158 de este Estatuto de acuerdo con lo siguiente:

- El cincuenta por ciento (50%) de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución del setenta y cinco por ciento (75%) de la capacidad sicofísica.

- El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).

-El cien por ciento (100%) de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1o. Si la disminución de la capacidad fuere consecuencia de hechos ocurridos en el servicio y por causa y razón del mismo, la indemnización de que trata el literal a. de este artículo se aumentará en la mitad.

PARAGRAFO 2o. Si la disminución de la capacidad sicofísica fuere consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, la indemnización a que se refiere el literal a. Del presente artículo se pagar doble.

ARTICULO 182. INCAPACIDAD ABSOLUTA. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados por incapacidad sicofísica absoluta y permanente o por gran invalidez tendrán derecho:

- a. A recibir una pensión mensual equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto, pagadera por el Tesoro Público.
- b. A que se les pague por el Tesoro Público, por una sola vez, la indemnización que corresponda a su lesión, determinada por la Sanidad Militar de acuerdo con el reglamento respectivo.
- c. Auxilio de cesantía y demás prestaciones correspondientes a su grado y tiempo de servicio.

PARAGRAFO. Si la incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez fueren consecuencia de hechos ocurridos en el servicio y por causa o razón del mismo, la indemnización prevista en el literal b. de este artículo se aumentará en la mitad.

En lo que atañe a la disminución o pérdida de capacidad sicofísica, el Decreto 094 de 1989, indica:

Artículo 14 . INCAPACIDAD. Se entiende por incapacidad la disminución o pérdida de la capacidad sicofísica y de trabajo, causada por lesiones o enfermedades adquiridas durante el servicio del personal de que trata el presente Decreto.

Artículo 15. CLASIFICACION DE LAS INCAPACIDADES E INVALIDECES:

a) Incapacidad relativa y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante el tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas de organismos obtenga su recuperación total.

b) Incapacidad absoluta y temporal. Es la determinada por las lesiones o afecciones que suprimen transitoriamente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona y que mediante tratamiento médico, quirúrgico o por las solas defensas del organismo, logren su recuperación total.

c) *Incapacidad relativa y permanente. Es la determinada por lesiones o afecciones que disminuyen parcialmente la capacidad sicofísica y de trabajo de la persona sin ser susceptibles de recuperación por ningún medio.*

d) *Incapacidad absoluta y permanente o invalidez. Es el estado proveniente de lesiones o afecciones patológicas, no susceptibles de recuperación por medio alguno, que incapacitan en forma total a la persona para ejercer toda clase de trabajo.*

Cuando el inválido no pueda moverse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia sin la ayuda permanente de otra persona, se le denomina gran invalidez.

Artículo 16. TERMINOS PARA LAS INCAPACIDADES TEMPORALES. *Las incapacidades relativa temporal y absoluta temporal, pierden su carácter de temporales a los tres (3) meses de evolución de la lesión o enfermedad, lapso que se cuenta desde la fecha en que el respectivo servicio de la Sanidad Militar o de Policía tiene conocimiento del caso. Este debe ser informado por el Oficial de Sanidad o Médico tratante dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de iniciación de la incapacidad.*

Después de los tres (3) meses de incapacidad relativa temporal o absoluta, se practicará al paciente una junta médica científica, la cual puede tener el carácter de provisional o definitiva, según el caso. Si se encontraren posibilidades de recuperación del paciente, la junta será provisional y podrán ampliar el término de la incapacidad hasta por doce (12) meses, caso en el cual esta última se denominará "incapacidad prolongada". Si no existieren tales posibilidades y, de consiguiente, no se ampliare el término de la incapacidad, la Junta Médica practicada después de los tres (3) meses, será definitiva y deberá, por tanto, determinar las lesiones o secuelas y fijar los correspondientes índices para fines de indemnización cuando hubiere lugar a ello.

En los casos de incapacidad prolongada, después de doce (12) meses, se practicará Junta Médico-Laboral, la cual debe llegar a un diagnóstico positivo mediante la determinación de las lesiones y secuelas, la evaluación de la disminución de la capacidad laboral y la fijación de los correspondientes índices para fines de indemnización cuando hubiere lugar a ello.

En situaciones especiales y siempre que subsista la posibilidad de recuperación del paciente, a juicio de la respectiva Junta Médica, podrá prolongarse el tratamiento hasta por doce (12) meses más, término éste que debe considerarse como límite máximo para determinar la incapacidad de manera definitiva, cuando hubiere lugar a ello.

Adicionalmente, el Decreto ídem en su artículo 19 señala: **ORGANISMOS MEDICO-LABORALES MILITARES Y DE POLICIA.** *Con excepción de lo determinado en los artículos 6º y 7º para los exámenes sicofísicos en el exterior, la capacidad sicofísica del personal de que trata el presente Decreto, será determinada únicamente por las autoridades Médico-Militares y de Policía.*

Parágrafo. Son autoridades Médico-Militares y de Policía:

- a) *Los Médicos Generales, Médicos Especialistas y Odontólogos al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*
- b) *Junta Médica Científica.*
- c) *Junta Médico-Laboral.*
- d) *Tribunal Médico Laboral de Revisión.*

Pensión de Sobrevivientes

Sobre esta prestación, La Ley 100 de 1993 establece:

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 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;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO . Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

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 supérstite.

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

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

c) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

ARTÍCULO 48. Monto de la Pensión de Sobrevivientes. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100 % de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

Acerca de la pensión de sobrevivientes de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado² en marzo de 2018, unificó su jurisprudencia en los siguientes parámetros:

1. *Con fundamento en la regla de favorabilidad, los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.*

2. *Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.*

3. *Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.*

4. *Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los **oficiales y suboficiales** fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el **trienal**, de acuerdo con lo previsto por el régimen general que contempla esta prestación.*

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

De la dependencia económica

Acerca de la dependencia económica, es oportuno citar la definición que sobre el particular ha indicado la Corte Constitucional³, al señalar:

“La dependencia económica supone un estado de necesidad, de manera que los recursos suministrados por el causante sean imprescindibles para la subsistencia del beneficiario. Por consiguiente, su definición se enmarca dentro del concepto de

² Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018 de fecha 01 de marzo de 2018. Exp. (3760-16) C.P. Sección Segunda.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-426/19 de 12 de septiembre de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

autosuficiencia, es decir, la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna. Por ende, la pensión de sobrevivientes busca proteger los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, lo cual no se limita a una consideración simplista de ausencia de recursos sino que, por el contrario, exige el análisis particular de la necesidad de los mismos de cara al apoyo brindado por el causante y las necesidades del beneficiario. En suma, esta Corporación ha establecido que, para acceder a la pensión de sobrevivientes, los padres de los afiliados que fallecen deben probar que, sin los recursos que antes proveía el causante, las condiciones de vida desmejoran de tal forma que los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana se ven amenazados.”

Se precisa que la Corte arribó a la anterior definición, partiendo de los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia C-111 de 2006⁴, dentro de los que se destaca: “1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna”.

Así mismo, se trae a colación el pronunciamiento que sobre un caso similar al aquí debatido efectuó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral⁵, así:

“... La alzada se surtió por apelación de las demandadas y terminó con la sentencia atacada en casación, mediante la cual el Tribunal revocó la del a quo, y en su lugar las absolvió de todas la pretensiones con imposición de costas a los demandantes.

Dejó en claro que el problema a resolver giraba alrededor de la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo, la cual encontró demostrada el a quo.

También precisó que en atención a que el causante falleció el 29 de septiembre de 2002, las normas aplicables eran los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, sin modificaciones, según los cuales, los ascendientes del pensionado o afiliado tienen vocación de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siempre que no existan otros con mejor derecho, y además, que dependieran económicamente del causante.

Para la verificación de la presencia de este requisito, desestimó la declaración de Lilian Janet Estrada Quintero, hija de los demandantes y hermana del de cujus, pues por razón del parentesco tiene interés en la demanda, razón por la que de su dicho no puede desprenderse prueba que lleve a una certeza de la dependencia predicada.

Respecto del testimonio de Ana de Jesús Montoya de López, vecina de los accionantes, estimó que no ofrecía la credibilidad necesaria para concluir que el apoyo brindado por Orlando Estrada Quintero a sus padres tuviera la calidad de indispensable, pues el padre tiene ingresos propios equivalente a dos salarios mínimos y posee vivienda propia, circunstancias que lo hacían independiente económicamente, pues su obligación la tenía frente a su esposa, en tanto la hermana del causante, como ella misma lo afirmó, dejó la casa al cumplir los 18 años de edad. Que si se aceptara que los accionantes tienen a su cargo tres nietos, uno de ellos discapacitado, debe tenerse en cuenta que esa obligación no podía trasladarse al fallecido, «pues conforme a la ley, no son los sobrinos beneficiarios de la prestación que hoy se solicita, y en estas condiciones, si bien los menores son obligación del abuelo, no pueden motivar la concesión de la pensión del afiliado fallecido.»

Concluyó entonces que la única testigo que pudiera dar fe de la dependencia económica de los actores en relación con el hijo fallecido, no proyectaba la confiabilidad necesaria para cimentar en su dicho la confirmación de la sentencia de primera instancia ...”

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-111/06 de 22 de febrero de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL1699-2016, Rad. No. 49306. 09 de febrero de 2016. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Posteriormente, al efectuar el análisis de los cargos, la providencia cita:

“... El primer cargo carece de vocación de prosperidad, pues no obstante estar direccionado por la vía directa en el concepto de interpretación errónea, senda que supone total conformidad con la valoración probatoria del ad quem, hay que tener presente que lo expuesto por el ad quem es eminentemente fáctico, en tanto no halló prueba que demostrara la pregonada dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en cambio de los documentos obrantes a folios 23 y siguientes 36, coligió que los demandantes, desde el punto de vista económico, eran autosuficientes porque el padre del de cujus devenga una pensión equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales, y además poseía vivienda propia...

... Con todo, y frente a la afirmación del censor en cuanto que por tener a su cargo los demandantes a tres de sus nietos menores de edad, circunstancia que en su sentir tornaba en insuficientes los ingresos provenientes de la pensión de vejez, siendo indispensable por este motivo el aporte que les daba el causante, es lo cierto que ni el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, ni la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, incluyó en el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los sobrinos, ni tampoco refleja que por tener los beneficiarios del causante otras personas a su cargo, la dependencia económica se torna en inexorable, como lo pretende infructuosamente la censura.

Así lo dijo esta Corte en sentencia CSJ SL, 15 Feb. 2001, rad. 35991, en la cual expuso:

Ello, por cuanto el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, al señalar los beneficiarios de la protección de supervivencia en unos órdenes precisos y excluyentes, empezando por el reconocimiento al cónyuge, compañero o compañera permanente y los hijos del causante que se encuentren en las situaciones específicas allí previstas, para pasar, ante la ausencia de éstos y aquéllos, a considerar, primeramente, a los padres que tuvieran dependencia económica de aquél y, sólo en su defecto, y en último lugar, a los hermanos inválidos en similares circunstancias a las de los anteriores, no hace sino reconocer que la protección del sistema de seguridad social por muerte del cotizante o pensionado a través de la pensión de sobrevivientes, surge en tanto y en cuanto dicho hecho priva de los ingresos con los cuales subsistían aquellas personas de su núcleo familiar que en el orden legal señalado estaban ‘directamente’ a cargo del causante.

En efecto, el artículo en cuestión de la Ley 100 de 1993 --en su redacción original, como igualmente lo hizo en la introducida por la modificación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003--, preveía que eran: “beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a- ... b- ... c- A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste. d- A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”.

Por manera que, vistas así las cosas, es la situación de necesidad a la que se ven expuestas las personas que dependían económicamente del causante al dejar de percibir lo que aquél les prodigaba para su subsistencia, y no propiamente los lazos de familia, lo que constituye el interés jurídicamente tutelado por el legisladora través de dicha figura de la seguridad social. Y siendo ello así, no cabe considerar dentro de esta modalidad de protección a otras personas o familiares del fallecido que pudieran servirse de manera indirecta o eventual de su patrimonio, pues es requisito sine qua non para que ella surja a la vida jurídica, la afectación inmediata y ostensible que a su supervivencia genera la interrupción del flujo de recursos económicos que regularmente el causante les proveía, la cual sólo es entendible de quienes en su núcleo familiar dependían directamente de éste de acuerdo al orden previsto en la ley.

Y al aludir la disposición en cita a los padres del causante no los cualifica o discrimina en su posición respecto de la jefatura de la familia, simplemente exige la existencia de un vínculo de dependencia económica con éste, por consiguiente, no tendrán aptitud

jurídica para aspirar a la prestación de supervivencia aquellos padres que fueren económicamente independientes o que dependieren en tal aspecto de otro miembro del grupo familiar...”

10. CASO CONCRETO

Para iniciar, se debe señalar que el acervo probatorio arrimado al proceso fue dado a conocer a las partes en Litis, sin que ninguna de ellas presentara reparos en su validez, por lo que se apresta resolver el problema jurídico planteado tendiente a determinar si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, o en su defecto, pensión de sobreviviente.

Está documentada la vinculación del señor José Andrés Hincapié Galvis con el Ejército Nacional, entre el 01 de marzo de 1995 y el 12 de septiembre de 1996, siendo su último cargo desempeñado de Suboficial Dipper –Cabo Segundo; Adicionalmente de acuerdo con la constancia expedida por el Ejército Nacional del 27 de julio de 2016, el período de hospitalización se computó como activo en el servicio, así como también se contabilizaron los tres meses de alta transcurridos desde el 13 de septiembre de 1996 y el 12 de diciembre de 1996. (fls.02-06 arch.03), como lo establece el Art. 186 del Decreto 1211 de 1990.

También está probado que el 01 de mayo de 1996 fue afectado con impacto de bala, por lo cual fue remitido inicialmente al Hospital de Sogamoso y luego al Hospital Militar Central de Bogotá, donde permaneció internado hasta el 12 de septiembre de 2012, cuando falleció, bajo este contexto, la entidad demandada conceptuó su deceso como *muerte simplemente en actividad*, de acuerdo al Decreto 1211/90, artículo No. 191 (fl.07arch.03).

Reposa en el expediente el registro civil de defunción, en el que se corrobora la fecha de la muerte del señor Hincapié Galvis. También se encuentra su registro civil de nacimiento, donde figuran como padres la señora Marleny Galvis Montoya y Orlando Antonio Hincapié Caviedes, quienes a su vez, constataron su identidad con copias de sus cédulas de ciudadanía (fls. 08-14arch.03).

En lo relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem, el Despacho advierte que si bien en el caso *sub lite* al Suboficial José Andrés Hincapié Galvis, no se le otorgó incapacidad y por tanto no se le retiró del servicio activo, como lo consagra el Art. 134 del Decreto 1211 de 1990, es oportuno traer a colación lo dispuesto en el Art. 16 del Decreto 094 de 1989 citado, el cual estuvo vigente para la época de los hechos.

En este caso, la realidad fáctica y no meramente formal, muestra que el señor José Andrés, producto de la lesión grave sufrida por proyectil con arma de fuego, fue sujeto de la incapacidad que inició el 01 de mayo de 1996, por lo que los 30 días -hábiles⁶- con los que contaba para que sanidad o el médico tratante, informara esa situación a Sanidad Militar, vencieron el 14 de junio de 1996; por otro lado, se resalta que el conteo de los tres meses (calendario⁷) de evolución, se cuentan desde la fecha en que la incapacidad inicia, es decir desde la ocurrencia de la lesión o enfermedad, que en este caso data del 1 de mayo de 1996, los cuales vencieron

⁶ Art. 70 Código Civil, subrogado por el Art. 62 de Código de Régimen Político y Municipal: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.” Lo anterior, acogido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida en Rad. 11001032500020110063500 (24832011) de 14 de septiembre de 2017.

⁷ *ídem*

el 31 de julio de 1996, es decir con anterioridad a la fecha del deceso, que en este caso tuvo ocurrencia el 12 de septiembre de 1996, sin que a la postre, se hubiere convocado a la Junta Médica Científica, como exige el segundo inciso de la norma precitada, valoración que es necesaria para dar aplicación al Art. 181 del Decreto 1211 de 1990, como lo pretende la parte demandante.

Prueba Testimonial

En audiencia de pruebas celebrada el 04 de noviembre de 2020, se escuchó la declaración de la testigo **Alba Lucy Galvez Montoya**, quien manifestó ser la hermana de la señora Marleny Galvis Montoya. La declarante señaló que la demandante estuvo casada con Orlando Hincapié Caviedes, tuvo tres hijos, siendo el mayor de ellos José Andrés Hincapié Galvis, quien estuvo vinculado al Ejército Nacional. Sostuvo que él fue a trabajar a la entidad con el propósito de ayudar a su familia, a sus padres y a sus hermanos que estaban estudiando, además que no tenía esposa o novia, ni hijos.

La testigo afirmó que la fuente de ingresos de la demandante era la pensión de un salario mínimo que tenía su esposo y la ayuda que recibía de su hijo Andrés, además indicó que eso le consta porque para esa época ella vivía en Belencito y su sobrino Andrés la visitaba los fines de semana y le decía que tenía que seguir trabajando en el Ejército para poder ayudar al sostenimiento de su familia, agregó que su sobrino salía de su casa a enviar dinero para sus padres.

También señaló que los hermanos de José Andrés se dedicaban únicamente a su estudio, la hermana haciendo su universidad y el hermano menor terminando el colegio, entonces no colaboraban con los gastos del hogar, no trabajaban en nada; luego informó que el hermano mayor era José Andrés, que le seguía Walter y la menor era Sonia, que se llevaban aproximadamente un año entre ellos (*arch.28 y 29*).

En sesión de continuación de la audiencia de pruebas celebrada el 06 de noviembre de 2020 se escuchó la declaración del testigo **Jimmy Alexander Tapiero Loaiza**, quien afirmó ser amigo de la parte actora. Mencionó que José Andrés Hincapié se vinculó al Ejército Nacional para poder colaborarle a su mamá la señora Marleny Galvis, además manifestó que la familia vivía de la pensión que devengaba el señor Orlando, quien falleció el año pasado. También hizo referencia al fallecimiento de Walter, quien era el hermano menor de José Andrés. Sostuvo que, a raíz de esas circunstancias, ha estado en contacto con Sonia, quien también es hermana de José Andrés, y que el reconocimiento de la pensión sería de ayuda.

Al ser interrogado sobre la fecha del fallecimiento del señor José Andrés Hincapié Galvis, contestó que éste fue en el año 1996, a mediados o finales de septiembre, acerca de la actividad económica de la señora Marleny Galvis, indicó que ella era ama de casa y se sostenían con la pensión del señor Orlando, que era del mínimo, así como de las ayudas que le enviaba Andrés, dijo que eso le constaba porque la señora Marleny lo manifestaba.

El declarante mencionó que la ayuda que le proporcionaba José Andrés a su familia era en dinero, pero dijo no saber la cantidad que enviaba. También adujo que él no tenía esposa o hijos, y que no le conoció pareja. Después señaló que el dinero de la pensión del señor Orlando era insuficiente porque Sonia estaba empezando su universidad en Bogotá y el otro hermano estaba terminando el colegio, y dijo no constarle que trabajaran, ni aportaran dinero para el hogar (*arch.30 y 31*).

Cumplimiento de requisitos para obtener pensión de sobrevivencia

Ahora bien, el día 13 de junio de 2016 la parte demandante radicó derecho de petición a fin que la entidad demandada ordenara, previa valoración de la pérdida de capacidad laboral, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez post mortem al señor José Andrés Hincapié Galvis, así como la sustitución de tal pensión o la pensión de sobrevivientes a favor de sus padres (ffs. 15-26 arch.03)

Antes de continuar, valga explicar estos dos conceptos, así la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y muere, en tanto que la pensión de sobrevivientes es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

En este orden, corresponde al Despacho analizar si en el presente asunto se cumplen los postulados señalados por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación⁸ sobre pensión de sobreviviente de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad. Veamos.

1. *Los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48.*

Este requisito se cumple, como quedó demostrado el último cargo desempeñado por el señor José Andrés Hincapié Galvis fue el de Suboficial – Cabo Segundo, como indica la certificación (pág 2, Archivo 3); además falleció el 12 de septiembre de 1996, deceso que fue calificado por el Ejército Nacional como *muerte en simple actividad*, como reseña el informativo administrativo (pág 7 Archivo 3)

2. *Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad.*

Este segundo requisito, también se cumple lo relativo al mínimo de 50 semanas de cotización, comoquiera que el suboficial Hincapié Galvis cotizó con antelación a su fallecimiento, desde el 01 de marzo al 12 de septiembre de 2016, lo que equivale a 561 días, los cuales divididos en 7 (días de la semana) arrojan un resultado de **80,14** semanas. Lo anterior en virtud a lo señalado por el parágrafo 2 del Art. 33 de la Ley 100 de 1993.

Con base en lo anterior se colige que, en aplicación al Art. 48 de la norma precitada, el monto mensual de la pensión será igual al 45% del ingreso base de liquidación, definido por el Art. 21 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

⁸ Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018 de fecha 01 de marzo de 2018. Exp. (3760-16) C.P Sección Segunda.

Frente a los beneficiarios, el caso *sub examine* se enmarca en el literal d) del Art. 47 *ídem*, que contempla: *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente.*

En ese orden, el Despacho examina si está acreditado que la señora Marleny Galvis Montoya, en calidad de madre del causante, era dependía económicamente de él, por lo que a tal efecto, se precisa que para el momento de la radicación de la demanda del caso *sub examine* también fungía como demandante el señor Orlando Hincapié Caviedes, quien el desarrollo de este proceso judicial falleció, siendo sustituida procesalmente por la primera, como quedó establecido en auto de fecha 03 de agosto de 2020 (*arch.13*).

Ahora bien, se advierte que para el año 1996 cuando ocurrió el deceso de José Andrés Hincapié Galvis, el señor Orlando Hincapié Galvis desde el 1 de enero de 1986 las Empresas Públicas de Pereira mediante Resolución No. 1671 del 5 de noviembre de 1986, le fue reconocida pensión de jubilación, como reseña la resolución 298 del 7 de Octubre de 2003, expedida por la Empresa de Energía de Pereira, mediante la cual determina la compartibilidad pensional, aportada por la parte demandante (*arch.37*), en la que se observa que el monto de la mesada pensional, para el año 2003 era de \$780.562, siendo el salario mínimo mensual vigente para dicha anualidad corresponde a \$332.000⁹, por lo que para ese entonces, es claro que la cuantía es superior a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes

En contraste, los haberes devengados en 1996 por el miliar fallecido, como asignación básica y demás, ascendía a \$356.559, suma que luego de efectuar descuentos por valor de \$194.121, su neto a pagar era de \$162.438 como acredita la certificación expedida por la Dirección de Personal del Ejército (*página 3, Archivo 3*), cifra que escasamente supera el salario mínimo legal mensual de ese año fijado en \$142.125

Por su parte, los dos testigos que declaran en este proceso, cuyos dichos ya fueron citados, coinciden en afirmar que el sustento económico de la familia recaía en la pensión que devengaba el señor Orlando Hincapié Caviedes, sin embargo, aducen que la pensión era por escaso monto, lo cual no es coherente con la realidad por cuanto se demostró que al menos era superior a dos salarios mínimos mensuales vigentes, prestación que además duplicaba los ingresos netos que percibía el militar fallecido, por lo que sin desconocer la ayuda económica que pudo haber ofrecido a sus progenitores, de los dichos de los testigos, no se constata que la misma fuera permanente, sino eventual o esporádica y además es genérica puesto que no determina monto alguno que pudiera ser indicativo de dependencia económica

En efecto, el testigo **Jimmy Alexander Tapiero**, manifestó que tuvo conocimiento de los hechos, por dichos de la misma demandante y la testigo **Alba Lucy Gálvez** sindicó conocer el hecho, por las manifestaciones del occiso aquí indicado, que salía de la casa a realizar consignaciones, por lo que es claro que no son testigos presenciales respecto de la mencionada ayuda que dijeron aportaba al militar a sus padres, es decir sin constarles por sus medios sensoriales, que en efecto, ya ayuda se realizara, por lo cual son carentes de valor probatorio en este proceso.

Con base en lo expuesto, considera el Despacho que los demandantes al momento del fallecimiento de su hijo José Andrés, no le eran dependientes económicamente, toda vez que su sustento estaba a cargo de la pensión percibida por el señor

⁹ Decreto 3232 de 27 de diciembre de 2002. Presidencia de la República

Orlando Hincapié Caviedes, cuyo monto como se advirtió era superior a dos salarios mínimos vigentes para la época, ingreso que por su naturaleza pensional era constante y suficiente para solventar los gastos y les permitía a los demandantes subsistir de manera digna de forma vitalicia, el primero como pensionado y la segunda ahora por sustitución pensional.

Sin que se haya acreditado circunstancia contraria, es decir, la parte interesada no demostró que la ayuda financiera que se aduce brindaba el causante fuera imprescindible para sus padres aquí parte actora, ni que la ausencia de dicho apoyo, desmejorarán sus condiciones de vida, más aún si se tiene en cuenta que entre el fallecimiento del señor José Andrés y la reclamación que presentaron sus padres, transcurrieron cerca de 20 años, pues lo primero ocurrió el 12 de septiembre de 1996 y lo segundo el 13 de junio de 2016.

Prueba Pericial

Con la demanda se aportó la experticia de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional elaborada el 27 de agosto de 2017 por el médico especialista en salud ocupacional Armando Cardozo Vargas, quien conceptuó que el paciente José Andrés Hincapié Galvis tuvo una pérdida de la capacidad laboral (PCL) y ocupacional del 98% con fecha de estructuración 01 de mayo de 1996, día de los hechos del trauma encéfalo craneano severo, por herida de arma de fuego; explica que esa calificación se realiza con base en el manual único de pérdida de calificación laboral y ocupacional, Decreto 1507 de 2014 (*arch.03*).

El día 30 de octubre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de contradicción de dicho dictamen, en el cual el médico reiteró sus conclusiones, informando que estas se sustentaron en la historia clínica del señor Hincapié Galvis, quien de acuerdo al porcentaje de invalidez se ubica en la categoría de gran invalidez (*arch.26 y 27*).

De esta prueba se dirá que está acreditada la PCL en el nivel superior, como insumo para verificar que de haberse convocado la Junta Médica y dictaminarse sobre la incapacidad permanente a que refiere el Art. 16 del Decreto 094 de 1989, de acertar a iguales conclusiones, pudiese establecerse que el servidor público, tenía derecho a la pensión de invalidez, dada la gravedad de las heridas, es claro que resulta nugatorio realizar reconocimiento alguno, en la medida que como consecuencia del fallecimiento del titular, el derecho pensional señalado termina con el deceso, por lo que la discusión se centra en la aspiración a la sustitución pensional, que en precedencia se expuso las razones por las cuales se niega el derecho a la demandante, se itera, por cuanto se acreditó que no era dependiente económica del eventual pensionado.

En este orden, en cuanto a la petición elevada por la parte demandante ante la entidad demandada, obra en el expediente escrito radicado el 13 de junio de 2016 en el cual se solicita, además de ciertos documentos, la valoración de la pérdida de capacidad laboral del señor José Andrés Hincapié Galvis, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez post mortem al citado fallecido, así como la sustitución de tal pensión o la pensión de sobrevivientes a favor de sus padres (*fls.15-26 arch.03*).

Se encuentra en el plenario la Resolución Nro. 3233 de 08 de agosto de 2016, *Por la cual se resuelve solicitud de pensión de sobrevivientes, con fundamento en el Expediente MDN No. 2828 de 2016*, proferida por la Directora Administrativa (A) del Ministerio de Defensa Nacional, a través de la cual se niegan las peticiones hechas por la parte demandante. Decisión que fue objeto de recurso de reposición, el cual

fue resuelto mediante Resolución Nro. 0151 de 03 de enero de 2017, confirmando en todas sus partes la decisión adoptada (fls.27-48 arch.03).

La entidad demandada allega copia del expediente prestacional No. 2828, en la cual se encuentran los antecedentes de los actos administrativos previamente enunciados, así como la historia clínica del señor José Andrés Hincapié Galvis (arch.08 y 09), la cual también fue allegada con la demanda (arch.02).

Por otro lado, dando cumplimiento al auto de mejor proveer, el apoderado de la parte demandante allegó la resolución No. 298 de 07 de diciembre de 2003, en cuya parte considerativa se consagra que mediante resolución No. 1671 de 5 de noviembre de 1986 las Empresas Públicas de Pereira S.A E.S.P. concedió pensión de jubilación al señor Orlando Hincapié Caviedes, también se determina que dicha empresa le pagaba a agosto de 2003 la suma de \$780.562 (arch.37).

Bajo este contexto, comoquiera que en el *sub lite* no se encuentra demostrada la dependencia económica de los demandantes respecto al causante, en los términos de la jurisprudencia citada en el respectivo capítulo de ésta providencia, el Despacho estima inane pronunciarse sobre los demás lineamientos de la sentencia de unificación y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

12. SOBRE LAS EXCEPCIONES

Si bien en el escrito de contestación de demanda no se formulan excepciones de mérito como tal, en el numeral 6) del escrito la apoderada de la entidad, solicita que el evento de acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se tenga en cuenta la prescripción cuatrienal (fl.8 arc.07), entonces, no es procedente pronunciarse sobre el particular, toda vez que no se accede a las pretensiones de la demanda.

13. CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el 6% del valor de la pretensión mayor por concepto del retroactivo de la pensión para el año 2018, estimado en la demanda por la suma de: \$14.264.057,26 (fl.37 arc.01).

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*,

FALLA:

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado, aplicando el procedimiento del artículo 366 del CGP.

Tercero.- Fijar como agencias en derecho la suma equivalente al **6%** del valor de la pretensión mayor estimada en la suma de: \$14.264.057,26.

Cuarto.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

adbb095fe33cc6cb33938d71b5edcabb2ab97161d8b7ab4898ee86d6710ca7b5

Documento generado en 13/05/2021 03:33:22 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**