



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

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 19001-23-33-000-2018-00141-01 (1455-2019)

Parte actora: FLOR MARÍA VALLEJO DE BOTINA Y OTRO

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho Art. 138 CPACA

Tema: Pensión de sobreviviente por fallecimiento de soldado voluntario muerto en servicio, no es incompatible con la pensión de vejez del padre del causante

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida en Audiencia Inicial el 21 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Los señores Flor María Vallejo de Botina y José María Botina Morales, por conducto de apoderado judicial, acudieron a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del siguiente acto administrativo¹:

- Resolución N° 7875 del 26 de octubre de 2012 *“Por la cual se resuelve una solicitud de pensión de sobrevivientes, con fundamento en el expediente MDN N° 4768 de 2012”*, expedida por la Directora Administrativa y la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual negó la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso del soldado voluntario Botina Vallejo Elías Gustavo, hijo de los demandantes.

A título de restablecimiento del derecho solicitaron que se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales ordene el reconocimiento, pago y reajuste permanente de la sustitución mensual de pensión de sobrevivencia desde el 13 de julio de 1996 hasta la expedición de la presente sentencia; la reliquidación, el reajuste e indexación de las partidas computables como son la prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, asignación de retiro o pensión y demás prestaciones sociales del causante; el pago de los intereses moratorios a partir de la causación del reconocimiento de las partidas computables en la asignación de retiro, desde la fecha de fallecimiento del causante y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste y, que las anteriores sumas fueran indexadas en los términos del artículo 195 CPACA.

1.2. Hechos:

Fueron relatados por el apoderado de la parte demandante en los siguientes términos:

El joven Elías Gustavo Botina Vallejo ingresó al Ejército Nacional el 10 de julio de 1994 y falleció el 13 de julio de 1996, la última Unidad donde laboró el causante como soldado voluntario fue en el Departamento del Valle (sic). Los demandantes son los padres del causante, cuya causa del fallecimiento fue en el servicio por causa y razón del mismo.

¹ Folios 18-23



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Mediante derecho de petición del 24 de mayo de 2010 dirigido a la entidad demandada, los padres del fallecido soldado solicitaron fueran reconocidos como beneficiarios sustitutos de la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en virtud del principio de favorabilidad, así mismo pidieron el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales a que dicen tener derecho según la Ley 797 de 2003.

La entidad demandada mediante la Resolución N° 7875 del 26 de octubre de 2012, negó los derechos prestacionales y la sustitución de pensión de sobrevivientes porque había sido expedida de conformidad con los decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995, reconoció por favorabilidad la aplicación del régimen general de seguridad social a regímenes pensionales especiales como el de la Fuerza Pública, por lo que en el presente caso debe tenerse en cuenta el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y el régimen especial del Decreto 1211 de 1990.

La demandada está afectando el mínimo vital de los demandantes y el de su núcleo familiar, quienes dependen de la sustitución mensual de pensión de sobreviviente que están reclamando, por haber cotizado el causante veinte seis (26) semanas al momento de su deceso, estar vinculado durante dos años (2) cero (0) meses y dos (2) días en la institución, es decir, porque cumplió ciento cuatro punto siete (104.7) semanas de cotización, acreditándose los requisitos señalados en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 797 de 2003 y en los artículos 35, 46, 47, 288 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de julio de 1996 fecha del fallecimiento del causante.

Pidieron la aplicación por extensión de jurisprudencia aplicable al presente control de legalidad, de varios precedentes proferidos por esta Sección y por la Corte Constitucional, en los que en casos análogos al presente han reconocido el



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

derecho a la prestación reclamada².

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 13, 29, 42 y 48 de la Constitución Política; el artículo 3° de la Ley 131 de 1985; 3° del Decreto 370 de 1991; los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993; artículos 11 y 12 de la Ley 797 de 2003 y los artículos 36, 84 y 85 del CCA y el Decreto 4433 de 2004 (no citó una norma en particular).

A juicio de la parte actora la demandada desconoció los principios orientadores consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, al excluir a los demandantes del reconocimiento pretendido de un derecho que se le reconoce a la mayoría de pensionados, hecho que desconoce el principio de favorabilidad y la garantía a la seguridad social como mínimo reconocimiento en la relación laboral.

Invocó la causal de errónea motivación del acto acusado, por cuanto la demandada negó la sustitución mensual de pensión de sobreviviente en los porcentajes ordenados en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 y en los artículos 11 y 12 de la Ley 797 de 2003, así mismo es nulo dicho acto por cuanto desconoció los principios de igualdad y de favorabilidad de los accionantes.

Lo anterior, por cuanto ha debido incorporar los incrementos ordenados en los artículos 6° y 25 del Decreto 0758 del 11 de abril de 1990 por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de febrero 01 de 1990 artículos 6 y 9, proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales, el cual se debió efectuar acorde con los salarios devengados por el causante, por tratarse de un factor salarial computable para el reconocimiento y reajuste de la pensión de sobreviviente.

También invocó como causal de nulidad del acto administrativo demandado, la

² Sentencia del 7 de junio de 2007 radicación número 76000123310002003040401 M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; sentencia del 23 de abril de 2009 radicación número 52001233100020060005501 M.P. Alfonso Vargas Rincón; sentencia del 16 de abril de 2009 radicación número 76001233100020040029301 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila entre otras; sentencia T-891 de 2011; C374 de 1997



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

inobservancia de las normas en que debía fundarse “*dado que se excedió la administración en negar un derecho adquirido y mensual*”.

2. Contestación de la demanda

El apoderado judicial de la entidad demandada radicó memorial en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las afirmaciones efectuadas por el apoderado de los accionantes son apreciaciones subjetivas que no se pueden valorar como hechos, respecto de los precedentes jurisprudenciales invocados afirmó que no se avienen al presente caso, por lo que pidió fueran negadas las pretensiones de la demanda al carecer de prueba que acredite la nulidad del acto acusado³.

Apreció que no le asiste la razón a la parte demandante al reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de padres del soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo, tal y como lo consignó la Resolución N° 7875 del 26 de octubre de 2012, por cuanto este acto se expidió con fundamento en el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 norma de carácter especial aplicable al *sub judice*, que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del soldado en el año 1996 y que no consagraba la pensión de sobrevivientes reclamada.

Desestimó la supuesta vulneración del principio de igualdad, como quiera que no puede pretender la parte accionante la aplicación de normas del sistema general a casos que no se avienen a las circunstancias invocadas, como quiera que no es aplicable la ley general de seguridad social por tratarse de la muerte de un soldado que se rige por un régimen especial.

Tampoco consideró vulnerado el principio de favorabilidad, por cuanto este opera en materia laboral en cuya virtud se le garantiza al trabajador la situación más favorable “en caso de duda” en la aplicación de las fuentes formales del derecho, supuesto que no opera en el presente caso.

³ Folios 73-88



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Afirmó que los accionantes perdieron de vista el principio de inescindibilidad de la norma según el cual, la aplicación de las contenidas en los regímenes especiales prima sobre las generales, de allí que no es posible la invocación de la Ley 100 de 1993 en lo relativo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por haber cotizado el soldado fallecido 26 semanas de afiliación, pero al mismo tiempo pretender los beneficios del Decreto 2728 de 1968.

Indicó la apoderada de la accionada que en todo caso, tampoco se acreditan las exigencias de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión, dada la condición de soldado voluntario que tenía el causante quien recibía una bonificación por los servicios prestados, pero no un salario como tal sobre el cual cotizara. Aunado a lo anterior, no se acreditó la dependencia económica de los actores al momento del fallecimiento de su hijo, según el artículo 47 de la Ley 100.

Descartó la causal de falsa motivación propuesta por la parte actora, al haberse trabado una controversia jurídica a partir de simples supuestos. En todo caso advirtió la defensa de la demandada que en caso se accederse a las súplicas de la demanda, se tenga en cuenta el descuento del pago efectuado a los actores por concepto de compensación por la muerte de su hijo, según el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 447 de 1998.

Igualmente pidió se descuenten de la condena, las cotizaciones y aportes que debieron efectuar tanto el causante como sus beneficiarios al sistema de seguridad social integral. También pidió la aplicación de la prescripción trienal en tratándose de prestaciones económicas.

Propuso la excepción denominada competencia por razón del territorio, como quiera que se acreditó que la última unidad militar donde prestó sus servicios el finado soldado Botina Vallejo Elías Gustavo, fue en el Batallón de Contraguerrillas N° 28 "COYAIMA" con sede en la ciudad de Santiago de Cali (sic), por lo que pidió que el expediente fuera remitido al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

3. Trámite procesal



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

La demanda fue radicada por los demandantes ante los juzgados administrativos del Circuito de Bogotá el 24 de mayo 2013⁴ y le fue asignada al Juzgado Veintidós Administrativo de la capital que al advertir que la última unidad de servicios del causante fue en el Departamento del Valle del Cauca, remitió por competencia el expediente a dicho Circuito Judicial⁵. El Juzgado Segundo Administrativo de Santiago de Cali mediante Auto del 22 de agosto de 2013, declaró su falta de competencia por el factor cuantía para conocer del asunto y remitió el proceso al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca⁶, que mediante auto del 31 de marzo de 2014 declaró su falta de competencia y remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Huila, pues el soldado Elías Botina había prestado sus servicios en el Batallón Contraguerrillas N° 28 “Coyaimas” con sede en Neiva⁷.

El Tribunal Administrativo del Huila a través de auto del 28 de mayo de 2014 admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al delegado del Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado⁸. En diligencia de Audiencia Inicial llevada a cabo el 29 de noviembre de 2016, declaró probada la excepción propuesta por la demandada de falta de competencia por el factor territorial y remitió la actuación al Tribunal Administrativo del Meta⁹, corporación ésta que también en diligencia de Audiencia Inicial el día 8 de mayo de 2018, se declaró incompetente por el factor territorial al considerar que lo era el Tribunal Administrativo del Cauca, jurisdicción en la que se encuentra el Batallón Contraguerrillas N° 028 COYAIMAS, siendo la última unidad donde laboró el causante Elías Gustavo Botina Vallejo¹⁰.

Mediante auto del 18 de junio de 2018 el Tribunal Administrativo del Cauca avocó conocimiento del proceso¹¹ y ordenó la notificación a las partes en conflicto, a su vez mediante auto del 30 de julio de 2018 fijó para el día 21 de noviembre de 2018

⁴ Folio 24<

⁵ Folio 26

⁶ Folios 36-37

⁷ Folios 52-53

⁸ Folios 57-58

⁹ Folios 186-188

¹⁰ Folios 203-204

¹¹ Folio 216



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

fecha para la realización de la Audiencia Inicial¹².

4. Audiencia Inicial

Ante la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Cauca, se llevó a cabo el día 21 de noviembre de 2018 audiencia del artículo 180 CPACA, a la que asistieron el apoderado de la parte demandada y la delegada del Ministerio Público, no asistió la parte demandante, diligencia en la que se profirió sentencia de fondo concediendo las pretensiones de la demanda¹³.

En cuanto a la decisión de excepción previa relativa a la falta de competencia territorial, adujo que ya había sido subsanada y respecto de las demás que serían falladas con la sentencia.

Respecto a la fijación del litigio, señaló el Magistrado Ponente que consiste en determinar si el acto administrativo contenido en la Resolución 7875 del 26 de octubre de 2012 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los señores José María Botina Morales y Flor María Vallejo de Botina, en su carácter de padres del extinto miembro del Ejército Nacional el soldado profesional Elías Gustavo Botina Vallejo, se encuentra afectada o no de nulidad. En efecto deberá determinarse si hay lugar o no a la aplicación del régimen general de la pensión de sobrevivientes previsto en Ley 100 de 1993 o el régimen especial de las Fuerzas Militares Ejército Nacional. De igual manera en el caso en que se determine que puede aplicarse la Ley 100 de 1993 se verificará si se cumple con los requisitos para el efecto.

Luego de integrada la Sala de Oralidad por los tres magistrados del Tribunal Administrativo del Cauca, se reanudó la Audiencia Inicial en la que se le concedió el uso de la palabra a la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional quien reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda al solicitar fueran negadas las súplicas deprecadas, como quiera que el soldado causante no cumplió con las exigencias legales para el reconocimiento de

¹² Folio 220

¹³ Folios 225 y 226



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios.

Por su parte la señora Procuradora 39 Judicial II para Asuntos Administrativos, rindió concepto en el que pidió para el presente caso la aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pero en vista de que la parte actora no acreditó la dependencia económica frente al causante según el artículo 47 *ídem*, solicitó que no se accediera a las suplicas de la demanda.

Luego de 10 minutos de discusión, la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Cauca dictó sentencia de fondo en los siguientes términos (minuto 36:49 en adelante): i) en cuanto a la competencia señaló que es dicha corporación la competente para proferir sentencia de primera instancia en virtud del artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011; ii) por tratarse de una pensión de sobrevivientes se está ante una prestación periódica que no está sometida a caducidad según el artículo 164 literal c) numeral 1° CPACA; iii) en cuanto al problema jurídico se remitió al fijado en precedencia relativo a determinar la legalidad de la Resolución 7875 del 26 de octubre de 2012; iv) en cuanto a los hechos indicó que se encuentra probada la condición del soldado profesional Elías Gustavo Botina Vallejo para la fecha de su fallecimiento, que prestó sus servicios entre el 10 de julio de 1994 y el 13 de julio de 1996, también está probada la relación de consanguinidad de primer grado de los padres ahora demandantes con el causante; se probó también que mediante Resolución 05364 del 25 de abril de 1997 se reconoció en favor de los demandantes las prestaciones sociales del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y la compensación por muerte en cuantía superior a nueve millones de pesos, al tiempo que se probó la causa del fallecimiento que fue por causa y con razón del servicio.

Advirtió que en atención a los criterios fijados en la sentencia de unificación SUJ-2009-2018 del 1° de marzo de 2018, acudiendo a los principios de favorabilidad, protectorio e igualdad se avaló el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a oficiales y suboficiales del Ejército Nacional fallecidos en simple actividad en fecha previa a la expedición del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo sujetó que dicho reconocimiento es viable siempre y cuando se acreditaran en su integridad el



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

cumplimiento de los artículos 46, 47 y 48 de esta legislación.

En este orden de ideas indicó que resulta aplicable al presente caso, la Ley 100 de 1993 que estaba vigente para la fecha del deceso del soldado profesional Elías Gustavo Botina Vallejo, que en el artículo 46 señala los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes¹⁴ y en el artículo 47 relaciona quiénes son los beneficiarios de esta pensión.

A renglón seguido procedió la Sala a verificar el cumplimiento de las anteriores exigencias legales, así: está acreditado que los beneficiarios son los padres del causante, tanto así que les fue otorgada la compensación por muerte de su hijo y no se acreditó que el uniformado hubiera contraído matrimonio, ni tenía unión marital de hecho ni se acreditó que tuviera hijos. Sobre las cotizaciones mínimas, se comprobó que el señor Elías Gustavo Botina Vallejo estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 10 de julio de 1994 hasta la fecha de su fallecimiento el 13 de julio de 1996, es decir, tenía más de 26 semanas tiempo mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para que los beneficiarios reclamaran la pensión de sobrevivientes.

Sobre la dependencia económica indicó que fue allegada por la entidad demandada, copia del expediente prestacional número 4768 del 17 de octubre de 2012 contentivo del trámite de la pensión por muerte solicitada por los señores José María Botina Morales y Flor María Vallejo de Botina en su calidad de progenitores del extinto soldado Elías Gustavo Botina Vallejo¹⁵.

Obra el Acta de la declaración rendida por los demandantes ante la Notaría

¹⁴ ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

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

¹⁵ tal como obra a folio 159 al 176



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Primera del Círculo de Pasto el 17 de noviembre de 2011¹⁶, en la que afirmaron que ambos vivían con Elías Gustavo y que por su avanzada edad dependían de los recursos económicos que este último les proveía hasta el día de su fallecimiento, declaración que fue de pleno conocimiento del Ministerio de Defensa Nacional durante el procedimiento administrativo que adelantaron los demandantes para el trámite y reconocimiento de la pensión de sobrevivientes siendo aceptado y en forma alguna controvertido su contenido.

La Sala no compartió el criterio de la señora Procuradora que pidió fuera desestimada la declaración extra proceso de los accionante, en tanto si efectivamente la misma ley posibilita que ante el trámite administrativo se le da valor probatorio a este tipo de delaciones, mal podría en el *sub judice* desecharse, máxime que la entidad demandada no controvertió el tema de la dependencia económica, tanto así que reconoció la compensación por muerte al no encontrar otra persona con mejor derecho que los padres del causante.

En este orden de ideas concluyó la primera instancia, que se reúnen los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para que los demandantes sean merecedores de la pensión de sobrevivientes del soldado profesional fallecido.

Sobre el monto de la pensión de sobrevivientes señaló el Tribunal Administrativo del Cauca que, dado que el soldado Elías Gustavo Botina Vellejo prestó sus servicios al Ejército Nacional durante dos años y tres días, el monto de la prestación pensional conforme al artículo 48 de la Ley 100, debe ser equivalente al 45% del Ingreso Base de Liquidación, advirtiendo que únicamente pueden tomarse como factores de salario, además de la asignación básica aquellos emolumentos sobre los cuales se aportó a la Caja de Retiro de las FFMM, sin que en ningún caso el valor a reconocer por concepto de pensión de sobrevivientes, pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

En cuanto a la prescripción en virtud del principio de inescindibilidad, el reconocimiento tendrá prescripción trienal a partir del 24 de mayo del año 2008 en lo que atañe a la prestación a reconocer al señor José María Botina Benavides,

¹⁶ folio 165



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

pues realizó la petición el 24 de mayo de 2011 y, a partir del 23 de noviembre de 2018 (sic) en referencia a la cuota parte a reconocer a la señora Flor María Vallejo, ya que realizó la petición el 23 de noviembre de 2011.

Respecto de la compensación por muerte precisó que en virtud de lo señalado en la sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018, ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento pagado por concepto de compensación por muerte, es decir, que de las sumas que se le adeudan a los demandantes, se debe descontar el valor de la compensación por muerte debidamente indexada.

Sobre la condena en costas señaló que en razón a que se resolverá el litigio en forma desfavorable a la entidad demandada, se la condenará en costas en el equivalente al 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas, liquidación que deberá efectuarse por Secretaría.

En conclusión el Tribunal Administrativo del Cauca dispuso: primero declarar la nulidad de la Resolución 7875 del 26 de octubre de 2012 que negó la pensión de sobrevivientes reclamada; segundo ordenó a la demandada pagar a los accionantes la pensión de sobrevivientes en los términos de los artículos 46 al 48 de la Ley 100 de 1993 causada a partir del 13 de julio de 1996; tercero descontar en forma indexada el valor pagado a los demandantes por concepto de compensación por muerte en simple actividad, cuyo pago se ordenó mediante la Resolución 5364 del 25 de abril de 1997; cuarto declarar la prescripción de las mesadas reconocidas y causadas con anterioridad al 24 de mayo del año 2008 en el caso del señor José María Botina Morales y al 23 de noviembre de 2008 en el caso de la señora Flor María Vallejo de Botina; quinto ordenó que las condenas sean reconocidas conforme el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; sexto, condenó en costas a la demandada.

4. Fundamentos del recurso de apelación

El Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por conducto de apoderada judicial radicó memorial mediante el cual solicitó la revocatoria de la sentencia



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

proferida en Audiencia Inicial, para que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad¹⁷:

En primer lugar, reprochó que contrario a lo considerado por el *a quo*, no se acreditó la dependencia económica de los actores respecto de su hijo fallecido, requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aunado a que los accionantes perciben una pensión por vejez.

Apreció que al no existir el elemento de convicción que acredite la subordinación económica de los accionantes frente a los ingresos que devengaba el soldado voluntario Elías Botina, no se puede inferir que, de no concedérseles la pensión de sobrevivientes su mínimo vital y móvil se vulneraría o estaría en riesgo. Lo anterior, por cuanto se limitaron los actores a probar la calidad de herederos o beneficiarios, pero no demostraron la dependencia económica respecto de su hijo.

Afirmó que la declaración rendida por los progenitores del causante ante la Notaría Primera de Pasto, no constituye tarifa legal y por sí sola no puede valorarse como prueba plena del nexo económico, pues resultaban imperiosos tenerse en cuenta otros elementos de juicio.

Indicó que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de la pensión, por cuanto ha sido enfática la Corte Constitucional en señalar que, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, debe estar plenamente acreditada la dependencia económica de los beneficiarios, por lo que no basta con acreditar el parentesco.

Señaló la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional que, el padre del causante es beneficiario de una pensión por vejez, lo que indica que nunca existió dependencia económica, pues al contrario al momento del fallecimiento de su hijo el demandante se encontraba laborando y percibiendo un salario, por lo que quedó desvirtuada la dependencia económica alegada.

¹⁷ folios 229-239



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

El segundo planteamiento consistió en cuestionar que el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte, no significa que el Ministerio de Defensa Nacional hubiera aceptado que los accionantes dependían económicamente del causante, como quiera que para obtener la indemnización es suficiente acreditar el parentesco que opera de buena fe, por lo que el *a quo* no podía colegir que en vista de que la demandada no se opuso al momento del otorgamiento de la indemnización, mal haría en desconocer ahora la dependencia económica.

A juicio de la vocera de la demandada, no se cumplen los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes exigidos en la Ley 100 de 1993, por cuanto según los artículos 46 y 47 exigen la dependencia económica para ser beneficiario de tal prestación, que si bien no se exige que sea absoluta si debe estar acreditada.

Fundamenta los anteriores argumentos de inconformidad, con transcripciones de precedentes jurisprudenciales¹⁸ mediante los cuales pretende a toda costa acreditar que en el *sub judice*, no se encuentra acreditada la dependencia económica como requisito previo para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes. Así mismo cuestionó que la parte accionante no cumplió con la carga probatoria a la luz del artículo 167 CGP, según el cual corresponde a las partes demostrar el supuesto fáctico de la norma que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.

La impugnante fue enfática en cuestionar que la omisión de la carga probatoria la asumió el fallador de primera instancia y, en su lugar optó por darle valor probatorio a una declaración extra juicio de parte que ni siquiera fue de un tercero, cuando se encuentra acreditado que dicha acta de la Notaría no consulta la realidad, pues el padre del soldado fallecido percibe una pensión por vejez, de allí que incurrió en falsedad en documento privado al pregonar la dependencia económica de su hijo. Adjuntó reporte o documento denominado “Afilaciones de una Persona en el Sistema” expedido por el RUAF Registro Único de Afiliados del Ministerio de Salud.

¹⁸ sentencia T-456 de 2016, sentencia SL8406-2015 del 1° de junio de 2015 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral; sentencia del 16 de junio de 2016 radicación número 15001233100020120013401 M.P. William Hernández Gómez



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 22 de noviembre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹⁹.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, radicó memorial mediante el cual reiteró los mismos argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, con los cuales pretende la revocatoria del fallo impugnado²⁰.

Mientras que la parte accionante, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Procuraduría Segunda Delegada ante esta Corporación, guardaron silencio según la certificación secretarial del 6 de octubre de 2020²¹.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, deberá la Sala determinar si procede la revocatoria de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo del Cauca -en Audiencia Inicial- que accedió a las súplicas de la demanda, para en su lugar acoger el argumento de impugnación de la parte

¹⁹ Folio 261

²⁰ folios 266-271

²¹ folio 274

²² Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [Modificado por el art. 615. Ley 1564 de 2012](#). El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

demandada, en el sentido de que los demandantes en su condición de padres del causante soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo, no tienen derecho a que se les reconozca la pensión de sobrevivientes reclamada, por cuanto no acreditaron la dependencia económica respecto de su fallecido hijo, requisito exigido para su reconocimiento según el artículo 47 de la ley 100 de 1993.

Bajo esta óptica la Sala desarrollará los siguientes aspectos: 2.1. Marco legal de las prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares; 2.2. Hechos probados y 2.3. Resolución del caso concreto.

2.1. Marco legal de las prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares

El **Decreto 2728 del 2 de noviembre 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*”, previó a favor del soldado que muera en combate en servicio activo, los siguientes beneficios:

“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.”

Según se observa, la norma no distinguió entre los soldados que se encontraban prestando servicio militar obligatorio conocidos como regulares y los soldados voluntarios que más adelante se denominaron profesionales.

El Congreso de la República antes de la expedición de la Carta Política de 1991, expidió la **Ley 131 del 31 de diciembre de 1985** “*Por la cual se dictan normas*



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

sobre servicio militar voluntario”, que en el artículo 2° dispuso:

“Artículo 2°. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1°. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2°. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Según la norma transcrita se considera un soldado voluntario aquel que luego de haber prestado el servicio militar obligatorio decidió por decisión propia, reincorporarse a la actividad castrense. A su turno el artículo 6° previó: *“El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar”*.

Mediante el **Decreto 1211 del 8 de junio de 1990** *“Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”*, expedido por el Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias, en el artículo 185 dispuso que tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro los miembros del grupo familiar del oficial o suboficial que fallezca en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión por vejez. Repárese que esta legislación en principio no se aplica a los soldados cualquiera fuera su modalidad.

Posteriormente y ya en vigencia de la Constitución de 1991, el Congreso de la República expidió la **Ley 48 del 3 de marzo de 1993** *“Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”*, que a su vez fue reglamentada mediante Decreto Nacional 2048 de 1993. La Ley 48 estableció la modalidad de prestación del servicio militar obligatorio por parte del soldado regular, en el artículo 13 dispuso:

“ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

PARAGRAFO 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

PARAGRAFO 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.

Posteriormente el Congreso de la República expidió la **Ley 447 del 21 de julio de 1998** *“Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”*, que en el artículo 1° dispuso:

“Muerte en combate. 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.”

Como se lee, esta legislación aplica para quienes estuvieran prestando el servicio militar obligatorio, tanto en las Fuerzas Militares como en la Policía Nacional y que hayan fallecido con ocasión del combate o acción del enemigo, cuyos familiares tendrán derecho a que se les reconozca una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mensual legal vigente. En todo caso, esta legislación no hizo mención alguna a los fallecimientos en simple actividad.

Por su parte, el Presidente de la República en ejercicio de habilitación legal, expidió las siguientes legislaciones: el **Decreto Ley 1793 del 14 de septiembre de 2000** *“Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de*



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares” y el Decreto 1794 de la misma fecha “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

El Decreto 1793 de 2000 incorporó los soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares, entre ellos a los soldados voluntarios que habían sido integrados mediante la Ley 131 de 1985, para quienes el Gobierno Nacional expidió un régimen salarial y prestacional con base en lo preceptuado por la Ley 4ª de 1992, el cual se encuentra consignado en el Decreto 1794 de 2000.

A su turno el Congreso de la República profirió la **Ley 923 del 30 de diciembre 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”,* que estableció:

“Artículo 3°. *Elementos mínimos.* 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.” (subrayas fuera de texto)

Esta legislación marcó las pautas para el reconocimiento de la pensión de



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

sobrevivientes por parte de los familiares de un miembro de la Fuerza Pública, de acuerdo con las circunstancias que origine la muerte, que para 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. Además, previó que se podrá exigir como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes, 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.

Esta legislación fue reglamentada mediante el **Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004** “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, que en el Capítulo III PENSION DE SOBREVIVIENTES, reguló los siguientes supuestos normativos: en el artículo 19 Muerte en combate y en el artículo 20 Muerte en misión del servicio²³.

Por su parte el artículo 21 del Decreto 4433 de 2004 dispuso:

“ARTICULO 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.

²³ ARTICULO 20. Muerte en misión del servicio. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, 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 del servicio del causante.

Si el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, al momento de la muerte, no hubiere cumplido el tiempo mínimo requerido para asignación de retiro, la pensión será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables.

PARAGRAFO. El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6 de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004.



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

PARAGRAFO. El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6 de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004.”

De acuerdo con el anterior devenir legislativo, se puede afirmar que en el periodo comprendido entre la expedición de la Ley de 447 1998 y la Ley 923 de 2004, existió un vacío normativo respecto del derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en simple actividad - que incluyó también a los soldados profesionales-, el cual fue superado luego de la expedición de la Ley 923 y de su decreto reglamentario 4433 ambos de 2004.

El anterior fue el recuento normativo de la legislación especial que regula el marco normativo de las prestaciones a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública y, el de sus beneficiarios en caso de fallecimiento, con ocasión de la prestación del servicio público.

No obstante, como en el presente caso el centro de la discusión se centra en la aplicación de la ley más beneficiosa para los demandantes, se debe recurrir irrestrictamente al régimen general que se encuentra fijado en la **Ley 100 del 23 de diciembre de 1993** “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, que en el artículo 47 reguló lo relativo a la pensión de sobrevivientes. Esta norma fue modificada por el artículo 13 de la **Ley 793 del 29 de enero de 2003** “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”.

El artículo 13 de la legislación en cita dispone:

“Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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



muerte;

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

e) 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.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”

De acuerdo con la norma transcrita, la legislación general considera a los padres del causante como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando acrediten la dependencia económica con el fallecido y, que el causante no hubiera tenido cónyuge, o compañera o hijos con derecho.



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Por su parte, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 estipula los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes mientras que el artículo 48 *ídem* prevé el monto de esta pensión, asuntos que serán desarrollados en la resolución del caso concreto.

Acerca del objetivo que propende la pensión de sobrevivientes a la luz del sistema general de seguridad social, esta Sección en sentencia de unificación apreció²⁴:

“Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.”
(subrayas fuera de texto)

2.2. Hechos probados

2.2.1. Resolución N° 7875 del 26 de octubre de 2012 *“Por la cual se resuelve una solicitud de pensión de sobrevivientes, con fundamento en el expediente MDN N° 4768 de 2012”*, expedida por la Directora Administrativa y la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual declararon que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso del Soldado Voluntario del Ejército Nacional BOTINA VALLEJO ELÍAS GUSTAVO a favor de los señores JOSÉ MARÍA BOTINA MORALES y FLOR MARÍA VALLEJO DE BOTINA. Este es el acto administrativo objeto de nulidad²⁵.

2.2.2. Derecho de petición del 24 de mayo de 2011 dirigido por el señor José María Botina Morales dirigido al Ministerio de Defensa Nacional – Secretaría General- Dirección de Prestaciones Sociales, mediante el cual solicitó ser reconocido beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de padre del

²⁴ Sentencia del 1 de marzo de 2018 SUJ-009-S2 Rad. No: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16)

²⁵ Folios 3-4



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

soldado Elías Botina Vallejo²⁶.

2.2.3. Derecho de petición del 23 de noviembre de 2011 dirigido por la señora Flor María Vallejo de Botina al Ministerio de Defensa Nacional – Secretaría General-Dirección de Prestaciones Sociales, mediante el cual solicitó ser reconocida beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en calidad de madre del soldado Elías Botina Vallejo²⁷

2.2.4. Resolución Número 05364 del 25 de abril de 1997 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, correspondientes en el expediente E.JN...”*, proferida por la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional mediante la cual se le reconoció y pago a los esposos Flor María Vallejo de Botina y José María Botina Morales lo siguiente: a) la suma de \$9.217.080 correspondiente a compensación por muerte, equivalente a 36 meses de sueldo básico de un cabo segundo y b) la suma de \$509.376 correspondiente a bonificación especial con base en los siguientes haberes. Bonificación mensual y prima de antigüedad²⁸.

2.2.5. Acta N° OICO2 REG AL FOLIO N° 170 expedida el 30 de enero de 1997 por el Oficial Personal Tercera Brigada, Batallón de contraguerrillas N° 28 COYAIMA, mediante la cual reconoció como legítimos padres y beneficiarios en primer grado al señor José María Botina Morales CC XX y a la señora Flor María Vallejo de Botina CC XX del extinto soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo desaparecido el día 13 de julio de 1994 y declarado muerto el día 13 de julio de 1996²⁹.

2.2.6. Registro Civil de Matrimonio N° 125636 llevado a cabo el 14 de agosto de 1969 en la ciudad de Pasto entre los señores Botina Morales José María y Vallejo Flor María.

2.2.7. Registro de Nacimiento 740421 según el cual Elías Gustavo Botina Vallejo

²⁶ Folio 5

²⁷ Folio 6

²⁸ Folio 8

²⁹ Folio 11



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

nació el 21 de abril de 1974 en la ciudad de Pasto Nariño, es decir que para la fecha de fallecimiento el 13 de julio de 1994 contaba con 20 años de edad³⁰.

2.2.8. Certificado Registro Civil de Nacimiento de la señora Flor María Vallejo Benavides según el cual nació el 26 de julio de 1948, en el municipio de Piedrancha Nariño, es decir que para el año 2012 fecha de expedición del acto administrativo acusado tenía 64 años y para este año cuenta con 74 años³¹.

2.2.9. Registro Civil de Nacimiento del señor José María Botina Morales quien nació el 10 de junio de 1941, es decir, que para la fecha de expedición del acto acusado Resolución 7875 del 26 de octubre de 2012, contaba con 71 años de edad y hoy tiene 81 años³².

2.2.10. Certificado de última unidad expedido por el Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional que acreditó que la última unidad donde prestó sus servicios el soldado voluntario (R) Botina Vallejo Elías Gustavo, fue en el Batallón de Contraguerrillas N° 28 de guarnición Villavicencio Meta retirado del servicio mediante acto administrativo OAP N° 1141 de 1996 novedad fiscal del 13/07/1996³³.

2.2.11. Liquidación de servicios de soldados N° 665 del 20 agosto de 1996 del soldado voluntario Botina Vallejo Elías Gustavo por los servicios prestados entre el 94-7-10 al 96-7-13 para un total de 2 años y tres días, también se menciona que el estado civil es soltero y que la causa del retiro de la institución fue por defunción³⁴.

2.2.12. Informativo Administrativo por Presunción Desaparecimiento N° 0037 del 13 de julio de 1994 en el que el Comandante del Batallón Contraguerrillas N° 28 COYAIMAS correspondiente al Comando Específico del Putumayo unidad táctica ubicada en el municipio de Popayán Cauca, rindió el siguiente concepto:

“La presunta desaparición del SLV ELIAS GUSTAVO BOTINA VALLEJO CM

³⁰ Folio 13

³¹ Folio 14

³² Folio 15

³³ Folio 96

³⁴ Folio 97



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

98387346, orgánico de la Compañía BÚFALO del Batallón de Contraguerrillas # 28 Coyaimas, Agregado al Comando Específico del Putumayo, en hechos sucedidos el día 13 de julio de 1994 encontrándose el personal de dicha compañía efectuando reentrenamiento en el área del Batallón JOSÉ HILARIO LÓPEZ y más exactamente efectuando cruce del río por el cable, el soldado ELÍAS GUSTAVO BOTINA VALLEJO cayó a las aguas de dicho Río lo arrasaron sin dejar huella alguna a pesar del esfuerzo de búsqueda.

Por lo anterior expuesto de acuerdo al informe suscrito por el señor TE HOYOS ROJAS JORGE ISAAC, Comandante de la Compañía BÚFALO y conforme a lo estipulado en el artículo octavo del Decreto 2728 de 1968 este Comando conceptúa que la presunta desaparición del soldado voluntario BOTINA VALLEJO ELÍAS GUSTAVO CM. 98387346 ocurrió en el **SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO.** (subrayas y negritas fuera de texto)

De acuerdo con la anterior certificación, se acreditó que el lugar del fallecimiento del soldado Elías Gustavo Botina Vallejo estaba adscrito al Batallón José Hilario López ubicado en el municipio de Popayán Cauca, no obstante, los hechos acaecieron el 13 de julio de 1994 en un río ubicado en el departamento del Putumayo, de allí el cambio de competencia del Tribunal Administrativo del Meta por el del Cauca, quien profirió el fallo objeto de apelación.

Igualmente se debe destacar según esta certificación, que el fallecimiento del soldado ocurrió por causa y razón del servicio.

2.2.13. Certificación expedida el 27 de agosto de 1996 por el Jefe de la Sección de Soldados Voluntarios del Dpto E-1 del Comando del Ejército, en el que constató que el 13 de julio de 1994 en el río Cauca se encontraba en reentrenamiento practicando el cruce del río por cable y cayó a las aguas del río el soldado voluntario Botina Vallejo Gustavo Elías³⁵.

2.2.14. oficio N° 50471 del 13 de marzo de 1997 suscrito por el subjefe Departamento Personal del Ejército mediante el cual le envió al Comandante del Batallón Boyacá, el cheque por concepto de cancelación seguro de vida a favor de los beneficiarios de dicho seguro por la muerte del soldado Botina Vallejo Gustavo Elías, señores José María Botina Morales y Flor María Vallejo de Botina³⁶.

2.2.15. Acta de la declaración rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Pasto

³⁵ Folios 35 vuelto y 36

³⁶ Folio 14



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

por los demandantes el 17 de noviembre de 2011, en la que afirmaron que ambos vivían con Elías Gustavo y que por su avanzada edad dependían de los recursos económicos que este último les proveía hasta el día de su fallecimiento³⁷.

2.3. Resolución del caso concreto

Los señores José María Botina Morales y Flor María Vallejo de Botina demandaron la nulidad de la Resolución 7875 del 26 de octubre de 2012, mediante la cual la entidad demandada, no les reconoció la calidad de beneficiarios por concepto de pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su hijo el soldado voluntario Botina Vallejo Elías Gustavo.

En criterio del Ejército Nacional, a los demandantes les fueron reconocidos y pagados los emolumentos a los que tenían derecho de acuerdo con la legislación vigente para la fecha de los hechos acaecidos, fallecimiento por desaparición del soldado voluntario en el año 1994.

La legislación con fundamento en la cual fue adoptada la cuestionada decisión, fue la consignada en la Ley 131 de 1985 en concordancia con el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, normas de carácter especial que no tenían prevista la pensión de sobrevivientes en caso de fallecimiento de un soldado o grumete en servicio activo por causas diferentes a las enunciadas en esta misma disposición, para lo cual la demandada expidió la Resolución N° 05364 del 25 de abril de 1997.

Inconforme con esta decisión de la Administración, los demandantes acudieron a esta jurisdicción al considerar que sí tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de favorabilidad para lo cual solicitaron la aplicación de la Ley 100 de 1993, que contempla este emolumento en los artículos 46 al 48.

El Tribunal Administrativo del Cauca en Audiencia Inicial llevada a cabo el día 29 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda por lo que declaró la nulidad del acto administrativo demandado, ordenó a la demandada pagar a los accionantes la pensión de sobrevivientes en los términos de los

³⁷ folio 165



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

artículos 46 al 48 de la Ley 100 de 1993 a partir del 13 de julio de 1996³⁸, que se descontara en forma indexada el valor pagado a los demandantes por concepto de compensación por muerte en simple actividad, cuyo pago se ordenó mediante la Resolución 5364 del 25 de abril de 1997, declaró la prescripción de las mesadas reconocidas y causadas con anterioridad al 24 de mayo del año 2008 para el señor José María Botina Morales y al 23 de noviembre de 2008 para la señora Flor María Vallejo de Botina, además dispuso que las anteriores sumas fueran reconocidas según el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y condenó en costas a la demandada.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional solicitó la revocatoria del anterior fallo al reprochar básicamente que no se acreditó la dependencia económica de los actores respecto de su hijo fallecido, requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aunado a que los accionantes perciben una pensión por vejez.

Cuestionó el alcance que le dio el *a quo* a la declaración rendida por los progenitores del causante ante la Notaría Primera de Pasto, al considerar que dicha prueba no acredita el nexo económico, sino que se debían tener en cuenta otros elementos de juicio; que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero que no necesariamente los herederos son beneficiarios de la pensión, es decir, que no basta con acreditar el parentesco.

En suma, que por el hecho de que el padre del causante hubiera obtenido una pensión por vejez, se desdibujó la dependencia económica. Finalmente cuestionó la apreciación del *a quo* que por el hecho de que la demandada no se opuso al momento del otorgamiento de la indemnización por muerte, mal haría en desconocer ahora la dependencia económica. De allí que al no cumplirse las exigencias de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, no tienen derecho los accionantes a la pensión de sobrevivientes.

La Sala desde ya no acoge ninguno de los anteriores argumentos de

³⁸ Esta es la fecha en que fue declarado muerto el soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo quien falleció el 13 de julio de 1994 folio 11



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

inconformidad, por lo que se anuncia la confirmación del fallo impugnado con modificación en lo que respecta a la condena en costas a la demandada, con fundamento en las siguientes razones:

Se encuentra debidamente acreditado según la prueba documental relacionada en el acápite 2.2. *ut supra*, que Elías Gustavo Botina Vallejo el día 13 de julio de 1994 en su condición de soldado voluntario adscrito al Batallón de Contraguerrillas N° 28 Coyaimas en áreas del batallón José Hilario López de la ciudad de Popayán, encontrándose en actividades de reentrenamiento cayó al atravesar por cable las aguas del río Cauca, de quien ni siquiera se pudo localizar su cuerpo por lo que su fallecimiento tuvo como causa la desaparición.

A su vez se acreditó también que el causante había ingresado al Ejército Nacional el 10 de julio de 1992, por lo que prestó sus servicios durante dos años y tres días, que era hijo de los señores José María Botina y Flor María Vallejo y que no había contraído matrimonio ni sostenía relación marital vigente para la fecha de su deceso el 13 de julio de 1994 y que no tenía hijos. Igualmente se acreditó que la declaratoria de muerte fue el 13 de julio de 1996³⁹, fecha con fundamento en la cual se efectuaron las liquidaciones prestacionales.

Ante tal panorama, no cabe duda que los padres del causante ahora demandantes tenían la condición de beneficiarios del soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo y que cualquier elucubración para negarles tal condición, resulta desproporcionada e injusta al exceder el marco legal del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que únicamente exige para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la acreditación de la dependencia económica de los padres del causante respecto de su hijo.

También se acreditó que el fallecimiento del soldado se enmarca, en lo que a partir de la expedición del Decreto 4433 de 2004 en el artículo 21 se denominó muerte en simple actividad, para la cual se reconoció una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del

³⁹ Folio 11



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

causante. Sin embargo, esta legislación no se había proferido para el año 1994, año del fallecimiento del causante en cambio sí se había expedido la Ley de Seguridad Social Integral en el año 1993, por lo que procedía en virtud del principio de favorabilidad la aplicación de esta legislación general tal y como lo reconoció el Tribunal Administrativo del Cauca.

De tal manera que para la resolución del presente control de legalidad, hizo bien el *a quo* en acceder a las súplicas de la demanda, al tener como referente de la decisión impugnada los fundamentos jurisprudenciales trazados por esta Sección en la sentencia de unificación del 1° de marzo de 2018 que serán en el presente caso prolijados en su integridad, en los que en lo relativo a la pensión de sobrevivientes de oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, consignó lo siguiente⁴⁰:

“De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

1. Con fundamento en el principio 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, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a 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

⁴⁰ Sentencia del 1 de marzo de 2018 SUJ-009-S2 Rad. No: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16)



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

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 en el régimen general.

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.”

Cotejando las anteriores consideraciones del fallo de unificación al caso *sub judice*, la Sala encuentra que se avienen y que los argumentos de discrepancia no resultan suficientes para su revocatoria⁴¹.

Es así como, el argumento relativo a la falta de acreditación de la dependencia económica de los padres del causante para no acceder al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes no tiene vocación de prosperidad, como quiera que resulta suficiente el valor probatorio que el *a quo* le dio a la declaración rendida por los demandantes ante la Notaría Primera del Círculo de Pasto el día 17 de noviembre de 2011, en la que manifestaron lo siguiente:

“SEGUNDO: Bajo la gravedad del juramento y en honor a la verdad declaro (sic) que somos los padres de nuestro (sic) quien en vida respondió al nombre de ELIAS GUSTAVO BOTINA VALLEJO, me consta que su estado civil era soltero, nunca estuvo casado ni convivió con ninguna mujer, ni tuvo hijos reconocidos, ni por reconocer, ni adoptivos.

Declaro que nuestro hijo ELIAS GUSTAVO BOTINA VALLEJO (qepd); vivía con nosotros sus padres y declaramos que por nuestra avanzada edad dependíamos de los recursos económicos que nuestro hijo (qepd) nos suministraba hasta el día de su fallecimiento.

Declaro por los hechos que me consta, especialmente sobre el desconocimiento de la existencia de otras personas con igual o mejor derecho para reclamar que sus PADRES antes anotados”.

⁴¹ Según registro civil de defunción el señora Segundo Perea Preciado falleció el 16 de febrero de 2010 en el municipio de Tumaco



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Razón le asistió a la primera instancia al considerar que, se le debía dar valor probatorio a esta declaración extra proceso pues mal podría en el *sub judice* desecharse, máxime que la entidad demandada no controvertió el tema de la dependencia económica, incluso reconoció la compensación por muerte al no encontrar otra persona con mejor derecho que los padres del causante.

Incluso llama la atención de la Sala que la entidad demandada ha sido ambigua en cuanto al reconocimiento de la calidad de beneficiarios de los padres del causante, como quiera que mediante Acta N° OICO2 REG AL FOLIO N° 170 expedida el 30 de enero de 1997 por el Oficial Personal Tercera Brigada, Batallón de contraguerrillas N° 28 COYAIMA, reconoció como legítimos padres y beneficiarios en primer grado al señor José María Botina Morales CC XX y a la señora Flor María Vallejo de Botina CC XX del extinto soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo desaparecido el día 13 de julio de 1994 y declarado muerto el día 13 de julio de 1996⁴², mientras que esta prueba riñe con la postura asumida por la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional en el recurso de apelación, que pretende negar a toda costa la calidad de beneficiarios a los demandantes.

La parte demandada cuestionó la providencia del *a quo*, por cuanto en su sentir los actores mediante la declaración extra proceso efectuaron una manifestación contraria a la realidad fáctica, como quiera que no acreditaron su dicho teniendo la carga probatoria de hacerlo y además, porque no declararon que el señor José Botina Morales tenía reconocida una pensión de vejez a su favor, hecho que desvirtuaba cualquier tipo de necesidad económica para solventar por parte de su hijo previo a su fallecimiento.

Es así como la impugnante adjuntó al recurso de apelación, reporte expedido por el Registro Único de Afiliados RUAF expedido el 16 de noviembre de 2018 en el que interpretó que el padre del fallecido percibía una pensión por vejez.

La Certificación dice lo siguiente:

⁴² Folio 11



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

Afiliaciones de una persona en el sistema

Colpensiones estado activo tipo de pensión vejez tipo de pensionado régimen de prima media con tope máximo de pensión régimen general fecha resolución 2002-01-01 número resolución pensión PG 253. “

En ningún momento esta prueba acredita que dicha resolución de otorgamiento de vejez corresponda a la alguno de los padres del causante tan ello es así que, no figura ninguno de los números de identificación de los esposos Botina Vallejo, por lo que se carece de elementos de juicio para convalidar la apreciación de la apelante.

Pero en gracia de discusión, de aceptarse que en efecto alguno de los padres del soldado voluntario ya tenía reconocida pensión de vejez -que desnaturalizaría la supuesta dependencia económica con el causante-, lo cierto es que perdió de vista la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional, que esa supuesta pensión de vez fue reconocida en el año 2002 mientras que fue en el año 1994 cuando falleció el soldado Elías Gustavo Botina Vallejo, fecha en que se configuró la condición de beneficiarios del causante en cabeza de sus progenitores, pero no es en el año 2011 cuando se llevó a cabo la declaración extra proceso ni en el año 2002 cuando se obtuvo la pensión de vejez.

Como si no resultaran suficientes las anteriores consideraciones, a juicio de esta Sala el enfoque dado por la defensa de la entidad demandada no se ajusta al carácter protectorio que propende la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios del causante, que no es otro que el de suplir las necesidades de quienes se lucraban de la ayuda económica que les proporcionaba en este caso el soldado fallecido, en su condición de hijo de los accionantes.

De allí que tal postura, haría nugatorio que una misma persona pueda percibir pensión de vejez y pensión de sobrevivientes al mismo tiempo, prestaciones que son compatibles, con fundamento en las siguientes motivaciones:

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

j. Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.”

Por tanto, al ser excluyentes por expresa disposición legal las pensiones de invalidez y de vejez, no existe justificación alguna para extender dicha incompatibilidad entre las pensiones de vejez –en este caso del padre de uno de los beneficiarios del causante- con la pensión de sobrevivientes que reclama a su favor en virtud del fallecimiento de su hi⁴³jo en actos del servicio, por cuanto sería tanto como ampliar el supuesto normativo a hechos que no lo prohíben, ya que lo que se debe mirar es que la razón de dichos reconocimientos provienen de distintos supuestos y requisitos legales.

Mientras que la pensión de vejez surge cuando un trabajador cumple con los requisitos de la edad y tiempo de servicios en términos de semanas cotizadas, y en el caso de los fondos privados por haber cumplido con un monto determinado de capital acumulado, la pensión de sobrevivientes surge no para el trabajador sino para sus beneficiarios con el fin de suplir la ausencia del apoyo económico que les proveía el afiliado, en este caso, el soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo a sus padres.

La Subsección A de esta Sección acerca de la finalidad de la pensión de sobrevivientes consideró:

“Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad”.

De allí que una misma persona pueda recibir pensión de vejez y pensión de

⁴³ Sentencia del 21 de enero de 2021 radicación numero: *Radicación: 73001-23-33-000-2015-00165-01 (5095-2018) M.P. William Hernández Gómez*



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

sobrevivientes al mismo tiempo, por tratarse de prestaciones compatibles pues el Sistema general de **pensiones** de la Ley 100 de 1993 lo que no admite es que se reconozca doble pensión, pero por el mismo riesgo. En este caso resulta evidente que la pensión de vejez surge para el titular afiliado, mientras que la pensión de sobrevivientes nace para sus beneficiarios, por tanto, provienen de distintos supuestos fácticos y normativos.

Al respecto resulta ilustrativo tener de presente el aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional en la sentencia T-538 del 21 de agosto de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que dijo lo siguiente:

“3. No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.”

La misma alta corporación así lo había considerado con muchos años de anterioridad en la Sentencia T-281 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, al considerar:

“La causal de extinción de la pensión, sustituida en beneficio de los hijos (Art.174 del D/1212 de 1990) se basa en que el hijo tenga “independencia económica”. Estima la Corte que la independencia económica no se podría interpretar como recibir otra pensión, ya que el beneficiario, precisamente, depende de otra asignación. La independencia económica se refiere a tener la autonomía necesaria para sufragar los costos de la propia vida, sea a través del ejercicio de la capacidad laboral o de un patrimonio propio.” (subrayas nuestras)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia N° 37595 del 24 de mayo de 2011 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, trazó la siguiente postura jurisprudencial:

«Pues bien, en cuanto a que la <dependencia económica>, soporte de la pensión de sobrevivientes otorgada, desaparece al concedérsele la pensión de vejez, como lo sostiene la censura, contrario a tal inferencia, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia, dicho criterio no se circunscribe a la carencia absoluta y total de ingresos o que el eventual beneficiario o beneficiaria se encuentre en la “indigencia”, por lo que cuando existen asignaciones mensuales, ingresos adicionales o cualquier otra acreencia de la que son titulares, porque los ingresos les resultan insuficientes para lograr autosostenerse, no por ello puede afirmarse que al entrar a disfrutar otra prestación económica, la persona se constituya en autosuficiente



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

económicamente, además de que las señaladas prestaciones vitalicias de sobrevivencia y de vejez tienen origen y finalidad diferentes, incluidas las cotizaciones en que se apoyan para su otorgamiento.

Por otra parte, es oportuno destacar que la dependencia económica de los beneficiarios frente al pensionado o al afiliado, se debe definir y establecer al momento del deceso a éste y no con posterioridad, pues desde ese momento trasciende a la vida jurídica y no es revisable. (...) Tampoco es cierto que la concesión de las dos pensiones a la actora atenta contra los principios de solidaridad y de unidad a que se refiere el artículo 2o de la Ley 100 de 1993. El principio de solidaridad, según el referido precepto, está definido como “práctica de la ayuda mutua entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil” y ninguna de esas situaciones acontece en el asunto bajo examen. Mucho menos se desconoce el principio de unidad, pues las dos pensiones reconocidas tienen causa y finalidad diferente, ya que la pensión de sobrevivientes cubre a la persona que sufre el desamparo al fallecer quien era su sostén económico, mientras que la pensión de vejez favorece al ciudadano o ciudadana que por el correr del tiempo sufre los avatares normales de la senectud.

En consecuencia, quien devengue una pensión de sobrevivientes puede también acceder a la pensión de vejez cuando cumpla los requisitos de ley, y lo contrario, quien devengue pensión de vejez tiene derecho a la pensión de sobrevivientes si luego fallece su cónyuge y acredita los requisitos que dan derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional”. (negritas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, debe tenerse presente también que la Corte Constitucional en la Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, declaró exequibles los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, salvo las siguientes expresiones “*de forma total y absoluta*”, que declaró inexecutable, al efectuar las siguientes consideraciones:

“Si bien la pensión de sobrevivientes representa para quien ha perdido a aquella persona que le proporcionaba los elementos necesarios para lograr una vida digna, la posibilidad de salvaguardar su derecho al mínimo vital, resulta contrario a la Constitución que el criterio de la dependencia económica, como condición sine qua non para que los padres puedan reclamar el reconocimiento y pago del citado derecho prestacional a partir de la muerte de su hijo, se circunscriba a la carencia absoluta y total de ingresos (indigencia), cuando la existencia de asignaciones mensuales, ingresos adicionales o cualquier otra prestación de la que son titulares, les resulta insuficiente para lograr su autosostenimiento.

Para la Corte, en estos casos, es indiscutible que la demostración de la subordinación de los padres al ingreso que les brindaba el hijo fallecido para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia, hacen necesario que se reconozca a su favor la pensión de sobrevivientes, siempre que el ingreso que aquellos perciban no los convierta en autosuficientes económicamente.



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

pues en esa hipótesis desaparece el fundamento teleológico que sustenta esta prestación.

(...)

Imponer a los padres la carga de demostrar una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica."
(subrayas fuera de texto)

Repárese de acuerdo con las anteriores motivaciones, que la alta corporación judicial no descartó la ausencia de ingresos económicos por parte de quien pretende ser reconocido como beneficiario al reclamar la pensión de sobrevivientes, sino la autosuficiencia económica, es decir, que no está excluida la posibilidad de que los padres del causante a pesar de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, los mismos no le resulten suficientes para deprecar una independencia económica y para llevar una vida digna.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, la postura asumida por la entidad demandada resulta excesiva al predicar un supuesto fáctico que ni la ley ni la jurisprudencia analizada exigen para acreditar la dependencia económica de los progenitores del causante, como beneficiarios respecto de su hijo fallecido el soldado voluntario Elías Gustavo Botina Vallejo.

En vista de que todos y cada una de las declaraciones y órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo del Cauca son compartidas por esta Sala de decisión, en cuanto a la fecha de causación de la pensión, al descuento de la compensación por muerte y a la prescripción de acuerdo con la fecha de interposición de las reclamaciones por cada uno de los progenitores ahora demandantes, se confirmará la sentencia del 29 de noviembre de 2016 proferida en Audiencia Inicial, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

La Sala exhortará al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que proceda a proferir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la pague a la mayor brevedad y de manera urgente, teniendo en



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

cuenta la avanzada edad de los demandantes –en el caso de la señora Flor María Vallejo de Botina 74 años y en el señor José María Botina Morales tiene 81 años según los registros civiles de nacimiento que así lo acreditan⁴⁴-, con el fin de resarcir en parte la demora por el transcurso del tiempo.

En relación con la condena en costas

Con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibidem*, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) **objetivo** en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) **valorativo** en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

El *a quo* dispuso condenó en costas en el equivalente al 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas a la entidad demandada, sin embargo, a juicio de esta Sala se revocará la anterior decisión como quiera que no se acreditó dicha cuantía.

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,

⁴⁴ Folios 14 y 15



No. Interno: 1455-2019
Demandante: Flor María Vallejo de Botina y otro
Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional

FALLA

Primero. - CONFIRMASE con modificación la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. - EXHÓRTASE al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para que procede a proferir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la pague a la mayor brevedad y de manera urgente, dada la avanzada edad de los demandantes, según se consideró en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. - REVÓCASE la condena en costas en contra de la parte demandada, según se dijo en precedencia.

Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER