

Sentencia T-393/13

REGIMEN GENERAL Y REGIMENES ESPECIALES DE POLICIA NACIONAL, FUERZAS MILITARES Y MINDEFENSA EN PENSION DE SOBREVIVIENTES-Normatividad

APLICACION DEL REGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION DE SOBREVIVIENTES A QUIENES PERTENECEN AL REGIMEN ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Se aplica ley 100/93 cuando es más favorable para el beneficiario

La Corte ha resaltado que cabe la posibilidad de entrar a analizar si las normas de una prestación específica en el régimen especial pueden vulnerar el derecho a la igualdad, lo cual procede cuando la diferenciación que dispone la ley se puede considerar como arbitraria y es clara la desmejora que sin justificación aparente se le brinda a los beneficiarios del régimen especial. Para que este examen sea posible la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos requisitos: “Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”. De lo anterior se puede entender que, existe la posibilidad de aplicar el régimen general a los miembros de estos grupos especiales, cuando se verifique la ocurrencia de los anteriores supuestos, ya que el objetivo de la Constitución en cuanto a este tema, es la especial protección del mínimo vital y de las personas de la tercera edad. Con la creación de los regímenes especiales lo que se busca es brindar una protección específica debido a las condiciones de la labor que desempeñan quienes están sujetos a los mismos, la cual no puede ser menos beneficiosa que las que se aplican al resto de la población, en otras palabras, el régimen no puede resultar discriminatorio.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ Y VULNERACION DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL POR NO RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Vulneración persiste en el tiempo

Si bien la muerte del causante tuvo lugar en 1998, se cumple con el requisito de inmediatez en la medida en que, al tratarse del derecho fundamental a la seguridad social, más específicamente, la pensión de sobrevivientes, su vulneración no cesó con la muerte del hijo del accionante sino que la misma continúa en el tiempo y la situación desfavorable para el actor es actual. Máxime si se tiene en cuenta la condición de imprescriptibilidad del derecho pensional, fenómeno jurídico que solo se predica de las mesadas causadas y no exigidas oportunamente.

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Orden a Ejército Nacional reconocer pensión de sobrevivientes de hijo fallecido en combate, según Decreto 1211 de 1990

Referencia: expediente T-3.746.878

Accionante: Luis Carlos Miranda Muñoz

Accionado: La Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil trece (2013)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

En la revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, en el trámite de la acción de tutela promovida por Luis Carlos Miranda Muñoz, contra el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Tres, a través de auto del 12 de marzo de 2013, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Solicitud

El demandante, Luis Carlos Miranda Muñoz, presentó acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados como consecuencia de la negativa de dicha entidad de acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo, Luis Carlos Miranda Ibáñez, miembro de las fuerzas militares.

### 2. Hechos

2.1. Luis Carlos Miranda Ibáñez, hijo del demandante, ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 1º de abril de 1991 y fue dado de baja el 14 de agosto de 1998, a causa de su fallecimiento en combate, siendo ascendido a Cabo Segundo Póstumo.

2.2. En consecuencia, debido a que el actor dependía económicamente de él, el Ejército Nacional expidió la Resolución No. 01879 del 11 de mayo de 2000, a través de la cual le reconoció la suma de \$31.490.184 pesos, a título de cesantía definitiva doble y compensación por muerte en combate de su hijo.

2.3. Posteriormente, el demandante debido a esa dependencia económica y por considerar que le asiste el derecho, el 15 de diciembre de 2011, solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en virtud del principio de favorabilidad, al estimar que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, pues el causante había cotizado más de 26 semanas en el último año laborado.

2.4. El requerimiento fue recibido por el Ejército Nacional el 19 de diciembre de 2011. No obstante, después de haber transcurrido más de seis meses desde la presentación de la solicitud, la entidad emitió respuesta tardía durante el trámite de segunda instancia de la acción de tutela, aportando la Resolución No. 5426 del 1º de agosto de 2012, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Luis Carlos Miranda

Muñoz, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004.

2.5. Frente a su situación particular, informa que es un sujeto de especial protección constitucional, en razón de que cuenta con 90 años de edad, es viudo, no tiene más hijos y carece de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas.

### 3. Pretensión

El demandante pretende que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. En consecuencia, solicita que se ordene al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en virtud de lo señalado en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de favorabilidad.

Así mismo, que la prestación se reconozca desde el 15 de agosto de 1998, día siguiente al fallecimiento de Luis Carlos Miranda Muñoz.

### 4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia simple de la cédula de ciudadanía de Luis Carlos Miranda Muñoz (folio 9, cuaderno 2).
- Copia de la declaración juramentada extraproceso de Luis Carlos Miranda Muñoz, en la que manifiesta que dependía económicamente de su hijo (folio 11, cuaderno2).
- Copia simple del registro de defunción de Inés María Ibáñez Hoyos, madre de Luis Carlos Miranda Ibáñez (folio 14, cuaderno2).
- Copia de la declaración juramentada extraproceso de Samir Alexander Bula Martínez, en la que manifiesta que le consta que Luis Carlos Miranda Muñoz dependía económicamente de su hijo (folio 15, cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No. 01879 del 11 de mayo de 2000, por medio de la cual se reconoce a favor del demandante la cesantía definitiva doble y compensación por muerte (folios 16-17, cuaderno 2).

- Copia de la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por el apoderado de Luis Carlos Miranda Muñoz ante el Ejército Nacional (folios 19 a 23, cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No. 5426 del 1º de agosto de 2012 (folios 86-88 cuaderno 2).

## 5. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

5.1 Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional no emitieron respuesta a la presente acción. Entre tanto, la Procuraduría 164 Judicial Delegada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, vinculada al proceso por disposición del juez de primera instancia, manifestó:

Que respecto al derecho fundamental de petición considera que si debe proceder la acción de tutela, toda vez que habían transcurrido más de 6 meses desde la presentación de la solicitud sin resolverla de fondo.

En cuanto a los derechos pensionales que se reclaman, señala que se debe negar la tutela ya que el régimen aplicable en este caso no es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sino las normas especiales consagradas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.

Por otro lado, indica que el mecanismo idóneo para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes es el procedimiento ordinario y no la acción de tutela.

Así, sostiene que se debe amparar el derecho fundamental de petición dado que las entidades demandadas ostentan el deber legal de responder al requerimiento del actor, sin embargo, la respuesta puede ser favorable o no a los intereses del peticionario. En lo referente a las demás pretensiones la acción se debe resolver en forma negativa.

5.2 En trámite de segunda instancia, el Ministerio de Defensa Nacional, solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela, habida cuenta que no es el mecanismo adecuado para el reconocimiento de derechos prestacionales, a menos que en el caso concreto se demuestre que los medios judiciales ordinarios de defensa resultan ineficaces o para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso, manifestaron que el accionante cuenta con la posibilidad de acudir a la

jurisdicción contenciosa administrativa, el mecanismo apropiado para debatir su pretensión, por ende, no es la acción de tutela la llamada a resolver este tipo de controversias por tratarse de un procedimiento residual y una acción encaminada a la protección de los derechos fundamentales cuando no exista otro mecanismo de defensa.

De igual forma, en cumplimiento de la orden del tribunal, se allegó Resolución No. 5426 del 1º de agosto de 2012, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Luis Carlos Miranda Muñoz, de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y lo señalado por el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004.

### III. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

#### 1. Primera instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Primera de Decisión, el 24 de julio de 2012, decidió conceder el amparo del derecho fundamental de petición y negar la protección respecto de las demás pretensiones, al considerar que las respuestas emitidas por la entidad demandada son dilatorias y no resuelven de fondo la petición realizada, toda vez que, al momento de la presentación de la tutela y seis meses después de la radicación de la solicitud, la misma no había sido resuelta excediendo el término previsto para su contestación, razón por la cual, se trasgrede el derecho fundamental de petición.

En lo que tiene que ver con los derechos fundamentales al mínimo vital ya la seguridad social, indicó que si bien la afectación al mínimo vital se encuentra probada y más cuando se trata de una persona de la tercera edad, debido a que el derecho a la pensión de sobrevivientes se originó en 1998, año en que falleció su hijo, no es procedente acceder a su protección en la medida en que no se encuentra justificado el largo tiempo transcurrido entre el momento en que se genera el derecho y la reclamación del mismo.

Respecto al derecho fundamental a la seguridad social, reconoció que resultaría gravoso someter a una persona de la tercera edad a un proceso ante la jurisdicción ordinaria para proteger su derecho, a pesar de que existen otros mecanismos para acceder a las pretensiones del accionante. Lo que deriva de la actuación negligente de la entidad

demandada al no responder la solicitud en cuestión.

Por tal razón, considera apremiante que la entidad se pronuncie sobre el reconocimiento de la prestación solicitada.

## 2. Impugnación

El accionante impugnó la decisión de primera instancia, argumentando que se presentó una incongruencia entre la parte considerativa y la decisión del tribunal, en la medida en que reconoce que al tratarse de una persona de la tercera no se le debe someter a trámites gravosos, no obstante ordena solamente amparar el derecho de petición.

Considera que no es garantía que se ordene responder la solicitud presentada, ya que en la mayoría de los casos, según expresa, las entidades no contestan en el término dispuesto, lo que conllevaría la presentación de un incidente de desacato en el que se impone un nuevo período de contestación, convirtiéndose este en un trámite engoroso, lo que precisamente se pretende evitar.

De esta forma, para garantizar de manera efectiva el derecho fundamental a la seguridad social, el juez constitucional debe ordenar, por lo menos de manera transitoria, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, toda vez que es evidente que una persona de 90 años no está en condiciones para afrontar un proceso ordinario en busca del reconocimiento del derecho pensional y tampoco tiene por qué soportar la negligencia de la entidad que ha omitido responder su solicitud.

## 3. Segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, el 15 de noviembre de 2012, resolvió confirmar lo decidido en primera instancia, al considerar que la controversia sobre la pensión de sobrevivientes la debe resolver el juez natural de la materia y, por ende, la acción de tutela no es la vía adecuada para solicitar el reconocimiento de la mencionada prestación, habida cuenta que, esta última, tiene como objetivo la protección de derechos fundamentales ya radicados en la persona.

Por otro lado, sostiene que el solo hecho de que el accionante pertenezca a la tercera edad no hace que proceda la tutela. A su vez, estima que no se encuentra acreditado en el

expediente la afectación al mínimo vital, de hecho, la prestación se solicitó 14 años después del fallecimiento del hijo del demandante, situación que desvirtúa la gravedad o inminencia para que se configure un perjuicio irremediable.

Así las cosas, advierte que el actor cuenta con la posibilidad de recurrir la resolución del Ministerio de Defensa y en su defecto instaurar proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

#### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, de Luis Carlos Miranda Muñoz, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y, por otro lado, establecer si cabe en el caso concreto la aplicación del régimen general en seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

Previo a dilucidar la cuestión planteada, se abordarán los siguientes temas: (i) normas del régimen general en Seguridad Social sobre la pensión de sobrevivientes y su equivalente en el régimen especial de las Fuerzas Militares

(ii) aplicación del régimen general de seguridad social a quienes pertenecen al régimen especial de las Fuerzas Militares y finalmente, (iii) el análisis del caso concreto.

#### 3. Normas del régimen general en Seguridad Social sobre la pensión de sobrevivientes y su equivalente en el régimen especial de las Fuerzas Militares

El artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter

irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad.

Acorde con lo dispuesto por el citado artículo, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.[1]

Con miras a la materialización de ese conjunto de medidas por parte del Estado, la misma disposición constitucional citada, le atribuye al legislador la facultad para desarrollar el derecho a la seguridad social. En ejercicio de esa competencia, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas y que afecten su salud o su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

En cuanto al Sistema General en Pensiones, en lo relacionado con la pensión de sobrevivientes, que interesa a la causa, la citada ley establecía originalmente en su artículo 46 que “tendrán derecho a la mencionada prestación (i) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y (ii) los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.”

Esta norma fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual aumentó tanto el período de cotización, como el número de semanas que deben ser aportadas, actualmente, se exige que el causante haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en

Pensiones, por lo menos 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

A su vez, el mencionado artículo establece en su literal d) que “a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.”

Por su parte, el artículo 48 de la misma ley señala que “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.”

Este es el régimen que se le debe aplicar a la generalidad de la población para acceder a las prestaciones que allí se contemplan, como por ejemplo, la pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, debido a la existencia de grupos específicos que cuentan con unas características particulares, la Constitución permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos. Bajo ese orden, la jurisprudencia de esta Corte ha aceptado la implementación de regímenes prestacionales especiales los cuales buscan responder a las exigencias y derechos adquiridos de ciertos sectores que por sus características y condiciones específicas deben ser tratados justificadamente de manera distinta al resto de la población beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social, razón por la cual, no se vulnera per se el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta.[2]

En efecto, la Carta consagró en su artículo 217 la autorización al legislador para determinar el régimen especial prestacional de las Fuerzas Militares, en concordancia con el artículo 150 superior, numeral 19, inciso ‘E’, el cual establece que le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

En el Título V, Capítulo V del Decreto 1211 de 1990 se determinan las prestaciones sociales por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. El artículo 189 de este decreto, indica que “a partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares

en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.”[8]

Por su parte, el artículo 19 del Decreto 4433 de 2004 establece que “a la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos 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 (...).”

En relación con lo anterior, el artículo 22 del mismo decreto, señala que los beneficiarios de los Soldados Profesionales tendrán derecho a que se les pague una pensión mensual de presentarse determinadas condiciones y que para los efectos del artículo “se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto.”[9]

4. Aplicación del régimen general de seguridad social a quienes pertenecen al régimen especial de las Fuerzas Militares

Ahora bien, como se observó, la implementación de regímenes especiales de seguridad social ya ha sido objeto de estudio por parte de este tribunal y, además de señalar que no vulneran el derecho a la igualdad, se indicó que quienes son beneficiarios de dichos regímenes deben acogerse a ellos en su totalidad, toda vez que existen otras disposiciones dentro de los mismos que permiten compensar la diferencia de tratamiento en términos prestacionales.[10]

No obstante, la Corte también ha resaltado que cabe la posibilidad de entrar a analizar si las normas de una prestación específica en el régimen especial pueden vulnerar el derecho a la igualdad, lo cual procede cuando la diferenciación que dispone la ley se puede considerar como arbitraria y es clara la desmejora que sin justificación aparente se le brinda a los beneficiarios del régimen especial. Para que este examen sea posible la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertos requisitos:

“Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”.[11]

De lo anterior se puede entender que, existe la posibilidad de aplicar el régimen general a los miembros de estos grupos especiales, cuando se verifique la ocurrencia de los anteriores supuestos, ya que el objetivo de la Constitución en cuanto a este tema, es la especial protección del mínimo vital y de las personas de la tercera edad. Con la creación de los regímenes especiales lo que se busca es brindar una protección específica debido a las condiciones de la labor que desempeñan quienes están sujetos a los mismos, la cual no puede ser menos beneficiosa que las que se aplican al resto de la población, en otras palabras, el régimen no puede resultar discriminatorio.

Al respecto la Corte ha manifestado:

“Solo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional -lo ha dicho la Corte- retirarla del ordenamiento jurídico. La Corporación ha profundizado en este aspecto al sostener que si la prestación es separable del régimen al cual se adscribe, bien puede estudiársela independientemente del mismo y, eventualmente, de comprobarse que la desventaja que ella implica no tiene compensación alguna en el sistema, reconocerla como contraria al principio de igualdad.”[12]

En efecto, así lo ha entendido el Consejo de Estado, el cual ya se ha pronunciado al respecto en un caso similar, haciendo referencia a la pensión de sobrevivientes que interesa a esta causa. Manifestó básicamente, que en virtud del principio de favorabilidad, si el causante cumple con los requisitos de la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no las estipuladas en el régimen especial, es imperativo concluir que en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, si sus beneficiarios acreditaban los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, tenían derecho a que la misma les fuera reconocida.[13]

Lo anterior, en la medida en que en esa oportunidad, el mencionado tribunal consideró que la aplicación del régimen especial solo debe presentarse cuando sus normas resulten más favorables que lo establecido en el régimen general, pues de no ser así, el régimen especial, en lugar de brindar la protección específica de acuerdo al grupo de personas al que va destinado, se convierte en un obstáculo para acceder a derechos mínimos consagrados para la generalidad de la población.[14]

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

## 5. Caso concreto

En el expediente bajo estudio, está acreditado que Luis Carlos Miranda Ibáñez ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario, el 1º de abril de 1991, y fue dado de baja el 14 de agosto de 1998 a causa de su fallecimiento en combate, motivo por lo cual, entre otras implicaciones fue ascendido a Cabo Segundo Póstumo.

En consecuencia, debido a que el actor dependía económicamente de él, el Ejército Nacional le reconoció la cesantía definitiva doble y compensación por muerte en combate de su hijo.

Sin embargo, posteriormente, el accionante solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, establecida en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de favorabilidad, pues el causante había cotizado más de 26 semanas en el último año laborado.

Finalmente, luego de que transcurrieron más de 6 meses desde la presentación de la solicitud, durante el trámite de segunda instancia de la acción tutela, el Ministerio de Defensa expidió la Resolución No. 5426 del 1º de agosto de 2012, por medio de la cual se declaró que no había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

Por otra parte, en cuanto a la situación personal del actor, ha de manifestarse que cuenta con 90 años de edad, es viudo, no tiene más hijos y tampoco percibe ingreso alguno para satisfacer sus necesidades básicas, circunstancias estas que se aducen.

En ese orden de ideas, le corresponde a la Corte definir si efectivamente se presentó una vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Luis Carlos Miranda Muñoz, por parte de La Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, miembro de las fuerzas militares, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 4433 de 2004.

Ante todo es preciso determinar si cabe la posibilidad de aplicar el régimen general de seguridad social en materia de pensión de sobrevivientes al demandante, tal y como este lo solicitó.

Como primera medida, encuentra la Corte que el accionante tiene 90 años de edad, razón por la cual es considerado como sujeto de especial protección y, en esa circunstancia resulta desproporcionado someterlo a la jurisdicción ordinaria, imponiéndole la necesidad de ejercer las acciones legales a su alcance, para la protección de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, si bien la muerte del causante tuvo lugar en 1998, se cumple con el requisito de inmediatez en la medida en que, al tratarse del derecho fundamental a la seguridad social, más específicamente, la pensión de sobrevivientes, su vulneración no cesó con la muerte del hijo del accionante sino que la misma continúo en el tiempo y la situación desfavorable para el actor es actual.[15] Máxime si se tiene en cuenta la condición de imprescriptibilidad del derecho pensional, fenómeno jurídico que solo se predica de las mesadas causadas y no exigidas oportunamente.

Así las cosas, de las circunstancias fácticas anotadas, la Corte advierte que se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, por parte de la entidad demandada, al no reconocerle la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con lo que se expondrá a continuación:

Teniendo en cuenta que el Cabo Segundo Luis Carlos Miranda Ibáñez estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el 14 de agosto de 1998, momento en el que muere en combate, el régimen pensional que en principio lo rige es el establecido en el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, norma vigente al momento de ocurrir los hechos.

El literal 'C' del artículo 189 del citado decreto dispone que, cuando la muerte ocurre en combate, como en efecto sucedió en el presente caso, los beneficiarios del causante tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual.

A su vez, el literal 'D' de la mencionada norma señala que, si el oficial o suboficial no hubiere cumplido 12 años de servicio los beneficiarios del causante tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del mismo decreto, las cuales comprenden: "Sueldo básico, prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto, duodécima parte de la prima

de Navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidan conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.”

Luis Carlos Miranda Ibáñez estuvo al servicio del Ejército Nacional por un período de 7 años, 4 meses y 13 días, por ende, el actor no tendría derecho al reconocimiento de la pensión establecida en el literal ‘C’ del anterior artículo, puesto que su hijo no alcanzó los 12 años de servicio, sin embargo, si es acreedor de la prestación establecida en el literal ‘D’ de la misma norma de acuerdo con el lapso de tiempo que duró su vinculación.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 originalmente establecía en su artículo 46, vigente al momento de la muerte del causante, que los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el causante hubiera cotizado por lo menos 26 semanas al momento de morir, o que habiendo dejado de cotizar hubiera realizado aportes durante 26 semanas en al año inmediatamente anterior a la ocurrencia del fallecimiento.

El artículo 48 de la citada Ley señala que “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.”

Como se observó, el causante prestó el servicio durante 7 años, 4 meses y 13 días, es decir que se entiende que este tiempo equivale a su período de cotización, aproximadamente 367 semanas, como consecuencia, bajo el régimen de la Ley 100 de 1993, tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que en efecto cumple con el tiempo requerido para acceder a la misma, pero el monto equivaldría al 45% del ingreso base de liquidación, toda vez que no tiene derecho a la suma del 2% adicional de dicho ingreso, en la medida en que no alcanza las 500 semanas de cotización, como lo establece la norma.

Así las cosas, comparando las prestaciones a las que tiene derecho el actor en ambos regímenes, se podría concluir que el Decreto 1211 de 1990 resulta más beneficioso debido

a que el monto que recibiría por concepto de pensión es más alto. Por tal razón, se le debe aplicar este régimen, vigente al momento en que ocurre el hecho generador del derecho y no el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993, como lo solicita el actor, toda vez que, como se estableció precedentemente, el régimen de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable de preferencia al régimen especial cuando este resulta más favorable, situación que no se presenta en el caso concreto.

Tampoco es procedente afirmar, como lo hace la entidad demandada, que el actor no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, habida cuenta que su hijo tenía la característica de soldado voluntario y no regular, en la medida en que el Decreto 4433 de 2004 no se encontraba vigente al momento de la muerte del hijo del actor.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, el 15 de noviembre de 2012, dentro del proceso de tutela iniciado por Luis Carlos Miranda Muñoz, contra Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, que en el término treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de Luis Carlos Miranda Muñoz de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, desde el momento de la causación del derecho y ordene el pago únicamente de las mesadas no prescritas, esto es, las causadas dentro de los 3 años anteriores a la presentación de la acción de tutela.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópíese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1]Sentencia T-1040 de 2008.

[2]Sentencia C-835 de 2002.“En el mismo contexto, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha admitido que la existencia de regímenes prestacionales distintos al régimen general de seguridad social no vulnera per se el derecho a la igualdad constitucional[1], consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior. El Tribunal acepta en su jurisprudencia que la existencia sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social.”

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

[4] “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

[5]Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

[6]“Por medio de la cual se modifican los Decretos 1211 de 1990, 1790 y 1793 de 2000

relacionados con el régimen salarial y prestacional del personal de oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares; los Decretos 1091 de 1995, 1212 y 1213 de 1990 y 1791 de 2000, relacionados con el régimen salarial y prestacional de oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional y el Decreto 1214 de 1990 relacionado con el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional.”

[7] ‘Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública’

[8]Artículo 158 del Decreto 1211 de 1990: “LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:Sueldo básico, prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto, duodécima parte de la prima de Navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.”

[9]“Artículo 22. Pensiones de sobrevivencia de soldados profesionales. Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto-ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto.” Decreto 4433 de 2004.

[10]Sentencia C-956 de 2001.

[12]Sentencia C-835 de 2001.

[13]Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A” sentencia del 8 de mayo de 2008, número de radicación 76007-23-31-000-2003-04045-01(1371-07) “Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 1213 de 1990, pues sin duda alguna, si el causante cumplía los requisitos para ser acreedor a la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no las previstas en el régimen especial, resulta forzoso concluir que, en aras al principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, desde luego, si reunían las condiciones para ello.”

[14]Ibídem.

[15]Ver sentencias T-110 de 2011 en la que en lo relacionado con la pensión de sobrevivientes señaló que: “Contrario a lo expresado por los jueces de instancia, la Sala encuentra que en el presente caso se cumple el requisito de inmediatez en la medida que, de una parte, la garantía prestacional que se solicita es de carácter imprescriptible y consagra una obligación de trato sucesivo de signo vitalicio”. La Sentencia T-855 de 2008 estableció que “Esto significa que no es procedente alegar inmediatez cuando el desconocimiento de un derecho constitucional se ha prolongado en el tiempo y no se ha dado el cumplimiento de tal derecho.”Ver también sentencia T-1059-07 entre otras.