

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
Sentencia de unificación por importancia jurídica
SU- CE-SUJ-SII-013-2018

SUJ-013-S2

Bogotá D.C., 4 de octubre del dos mil dieciocho

Expediente:	050012333000201300741-01
Número Interno:	4648-2015
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero
Demandado:	Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional
Asunto:	Sentencia de unificación de jurisprudencia. Pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002/ Régimen aplicable/ Compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de descuentos/ Término de prescripción.

Ley 1437 de 2011

I. ASUNTO

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹, con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y el artículo 13A numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 21 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad.

II. ANTECEDENTES

2. Los señores Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandaron a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

Pretensiones²

a. Se declare la nulidad de la Resolución 5383 del 27 de julio de 2012 proferida por la Coordinación de Talento Humano encargada de las funciones de la Dirección Administrativa y la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

¹ Numeral 1.º del artículo 237 de la Constitución Política.

² Folio 103.

b. A título de restablecimiento del derecho pretenden se condene al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su favor en calidad de padres del soldado Ever Alonso Correa Campo (QEPD) y al pago de las mesadas pensionales atrasadas, adicionales y actualizadas desde el 3 de agosto de 1998 y hacia el futuro.

c. Igualmente, solicitaron el pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las condenas impuestas.

d. Que todas las sumas líquidas que se determinen como cargo de la entidad demandada se reajusten conforme al IPC.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes³:

Los hechos

a. El señor Ever Alonso Correa Campo prestó sus servicios al Ejército Nacional por 3 años, 1 mes y 6 días, incluido el servicio militar obligatorio. Desde el 17 de enero de 1997 fue dado de alta como soldado voluntario hasta **el 3 de agosto de 1998**, cuando ocurrió su fallecimiento.

b. El Ejército Nacional calificó la muerte del señor Ever Alonso Correa Campo como consecuencia de combate con el enemigo, razón por la cual se le liquidaron las prestaciones sociales con base en la asignación de un suboficial del Ejército mediante la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999.

c. Los valores que resultaron de la resolución anterior fueron cancelados con fundamento en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, que para efectos prestacionales correspondían a los de cabo segundo.

³ Ver folios 4 a 7

d. Los señores Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, solicitaron al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia, la cual les fue negada por medio de la Resolución 5383 del 27 de julio de 2012, con fundamento en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, la Ley 131 de 1985 y el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que no se causó el derecho a tal prestación.

e. El señor Ever Alonso Correa Campo, en vida, no contrajo matrimonio ni convivió de forma permanente e ininterrumpida con pareja alguna; tampoco tuvo hijos y vivió de manera continua con sus padres.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

4. En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la función principal de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba⁴. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, así como de la contestación o de la reconvención.

5. Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

6. En primer término, se difirió la decisión de las excepciones que se formularon⁵, para el momento de resolver de fondo la controversia, ya que no tenían el carácter de previas⁶.

⁴ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁵ «ausencia de dependencia económica», «legalidad del acto administrativo demandado», «inexistencia de la obligación» y «genéricas»

⁶ Folio 103 y en el CD que obra en el folio 108.

7. Por su parte, la fijación del litigio⁷ se realizó en los siguientes términos⁸:

«HECHOS INCONTROVERTIDOS Y/O PROBADOS.

Frente a los hechos las partes están de acuerdo en que:

1. El señor EVER ALONSO CORREA CAMPO completó un tiempo de servicios de tres (3) años, un (1) mes y seis (6) días (ff. 13 a 15 y 95 a 97) en el Ejército Nacional y que falleció el 3 de agosto de 1998 en combate como consta en el registro civil de defunción obrante a folio 16.
2. Mediante resolución No. (sic) 5385 del 27 de julio de 2012 suscrita por la Coordinadora de Talento Humano y encargada de las funciones de la Dirección Administrativa y por la Coordinadora de Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa se negó la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por Luis Ángel Correa Quintero y Dora Alicia Campo (ff. 13-15 y 95 a 97).
3. Los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial el día 23 de enero de 2013 la cual fue declarada fallida ente(sic) la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio (Fl. 23)

[...] DIFERENCIAS.

a). La diferencia fundamental se presenta en cuanto a la aplicación del régimen general de la ley 100 de 1993 el cual según la demandada no aplica dada la existencia de un régimen especial de prestación social dirigido exclusivamente a los miembros de la fuerza pública, en este caso el previsto en el Decreto 2728/1968, norma que se encontraba vigente para la época de la muerte del soldado.

⁷ «La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.» Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

⁸ Folio 103 y en el CD que obra en el folio 108.

b) La parte demandante considera que en virtud de los principios constitucionales de igualdad, favorabilidad, primacía de la realidad sobre las formalidades se debe conceder la prestación solicitada, en la forma descrita en la ley (sic) 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

c) Según la parte demandada, no está acreditada la dependencia económica de los padres frente al hijo fallecido, por lo tanto, no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

d) en el evento que se establezca que la norma aplicable sea la ley (sic) 100 de 1993 y no el régimen especial, se aplique ésta (sic) en su integridad».

Problemas jurídicos fijados en el litigio⁹

«[...]

i) Si los demandantes tienen derecho a que se les reconozca y pague la pensión de sobreviviente que reclaman en los términos previstos por la Ley 100 de 1993; o teniendo en cuenta que el causante era miembro de la Fuerza Pública y en consecuencia beneficiario de un régimen especial que se rige por normas propias si el régimen general no le es aplicable.

ii) Una vez determinado lo anterior, se establecerá si se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la prestación, entre ellos la dependencia económica de los señores Dora Alicia y Luis Ángel respecto del hijo fallecido.

iii) En el evento de ordenarse el reconocimiento de la prestación solicitada, deberá establecerse si es procedente disponer el descuento de la suma que la entidad demandada canceló por concepto de compensación por la muerte de Ever Alonso Correa Campo. [...]»

⁹ Ibidem

III. SENTENCIA APELADA¹⁰

8. El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, profirió sentencia escrita el 21 de agosto de 2015, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes.

9. En síntesis, el tribunal indicó que el Régimen General de Seguridad Social exige como requisito para tener derecho a la pensión de sobrevivientes que el causante hubiere cotizado mínimo 26 semanas para el momento de la muerte o, durante el año inmediatamente anterior al del deceso si ha dejado de efectuar cotizaciones al sistema.

10. Seguidamente, expuso, con sustento en jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹ y de la Corte Constitucional¹², que cuando el régimen especial vigente establece beneficios inferiores a los previstos por el general sin una causa válida para ese tratamiento diferencial, debe darse aplicación a este último con fundamento en el principio de favorabilidad y del derecho a la igualdad, pues de lo contrario, se incurre en una discriminación injusta, contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, y vulneradora de los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política.

11. De acuerdo con lo anterior, concluyó que en el caso particular, respecto de las prestaciones que se generan por causa de muerte para los beneficiarios del señor Ever Alonso Correa Campo, quien estuvo vinculado al Ejército Nacional por 3 años, 1 mes y 6 días, resulta más benéfico el régimen general que el especial.

¹⁰ Folios 158 a 168.

¹¹ En la sentencia se citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de marzo de 2003, radicación: 13001233100020000093-01(1707), actora: Hermilda Centeno Mier.

¹² En la sentencia se citó: la sentencia C-461 de 1995.

12. Ello por cuanto razonó que la Ley 100 de 1993 exige una cotización mínima de 26 semanas para acceder a una pensión de sobrevivientes, mientras que el Decreto 1211 de 1990 aplicable a las Fuerzas Militares, solamente concede el ascenso póstumo al grado de cabo segundo al soldado muerto en combate y a sus beneficiarios el reconocimiento a 48 meses de los haberes correspondientes al mismo grado y al pago doble de cesantías, y para el reconocimiento pensional equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del mismo decreto el literal d) del artículo 189 impone haber cumplido 12 años de servicio.

13. Así las cosas, verificó que los demandantes cumplen los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes liquidada sobre un 45% del salario de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, pues demostraron la calidad de padres de Ever Alonso Correa Campo e igualmente que dependían económicamente de él, motivo por el cual la pensión se causa a partir del 3 de agosto de 1998, fecha en la que falleció aquel, con efectos desde el 29 de mayo de 2009 por prescripción trienal, teniendo en cuenta que la petición se presentó el 27 de julio de 2012. En lo que respecta al término de prescripción, aplicó el contenido en el régimen general, al considerar que este debe aplicarse en su integridad, en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes.

14. En consecuencia, i) declaró la nulidad de la Resolución 5383 del 27 de julio de 2012; ii) condenó a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar a favor de los señores Dora Alicia Campo y Luis Ángel Correa Quintero la pensión de sobrevivientes en la forma establecida por los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, a partir del 29 de marzo de 2009; iii) ordenó dar aplicación a los artículos 192 a 195 del CPACA y; iv) condenó a la entidad demandada en costas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN¹³

¹³ Folios 117 a 133.

15. La entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que no es posible reconocer a los demandantes el derecho a la pensión de sobrevivientes toda vez que la normativa aplicable al caso del señor Correa Campo es el Decreto 2728 de 1968, por remisión de la Ley 131 de 1985, el cual no incluye dicha prestación.

16. En ese sentido, indicó que no se puede aplicar el régimen general de pensiones, como lo ordenó la providencia apelada, por cuanto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares.

17. Adicionalmente, sostuvo que no se acreditó la dependencia económica de los demandantes, habida cuenta de que solicitaron el reconocimiento pensional 17 años después del fallecimiento de su hijo.

18. De otra parte, expresó su inconformidad con la decisión de condena en costas y agencias en derecho, pues en su sentir la suma de \$1.250.000 no está en consonancia con el criterio de grado de dificultad del proceso que se debe atender de acuerdo con el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

19. Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, tal como se observa en el folio 217 del expediente.

20. **Concepto del Ministerio Público:** No rindió concepto en esta oportunidad procesal¹⁴.

¹⁴ Folio 217 del expediente.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

21. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁵, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

22. Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011¹⁶, en armonía con lo señalado en los artículos 13A¹⁷ y 14¹⁸ del

¹⁵ 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.

¹⁶ Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el

reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999).

23. Ahora bien, tal y como se indicó en el auto del 1 de febrero de 2018¹⁹, en el presente asunto se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para que la Sección Segunda del Consejo de Estado profiera una sentencia de unificación, en razón a la disparidad de criterios que se han presentado al interior de las Subsecciones de la Corporación respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios.

24. En efecto, en reiterados pronunciamientos la Sección Segunda de esta Corporación, en casos en los que se debatía la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un soldado voluntario en combate, concedió la prestación contenida en el Decreto 1211 de 1990 aplicable a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con sustento en el siguiente argumento expuesto en sentencia del 1 de abril de 2004²⁰:

conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

¹⁷ «[...] Artículo 13A . Otros asuntos asignados a las secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

[...]

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

[...]»

¹⁸ «Artículo 14. División y funcionamiento de la sección segunda. La Sección Segunda se dividirá en dos (2) Subsecciones, que se denominarán A y B, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Consejeros. En caso de retiro de un Consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva Subsección.

PARÁGRAFO 1o. Cada Subsección decidirá, los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:

1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros. [...]»

¹⁹ Por medio del cual la Sala Plena de la Sección Segunda avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia de unificación de jurisprudencia.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de abril de 2004, radicación 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), Actor: Concepción Gómez.

«[...] la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional.

[...]»

25. En sentencia del 7 de julio de 2011²¹, en un asunto en el que un soldado voluntario falleció el 1 de marzo de 1998 en actos propios del servicio, se concedió la prestación concebida para oficiales y suboficiales, inaplicando el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, para lo cual expuso lo siguiente:

«Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba

desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

[...]

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

A lo anterior se suma el hecho de que, con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998 finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de

sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares.»

26. Esta tesis fue reiterada en sentencias del 2 de agosto de 2012²², 18 de febrero de 2016²³, 8 de septiembre de 2016²⁴, 22 de septiembre de 2016²⁵, 28 de octubre de 2016²⁶, 1 de diciembre de 2016²⁷, 26 de enero de 2017²⁸, 16 de febrero de 2017²⁹, 23 de febrero de 2017³⁰, 25 de mayo de 2017³¹ en procesos en los que se debatió la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios muertos antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que consagraron expresamente tal prestación.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10), Actor: Alicia Usuga Valderrama.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Actora: María Elena Cabal de Valencia.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14), Actor: Herminda Castellanos De Arias y Joaquín Arias Gómez.

²⁵ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14), Actor: Pedro Nel Perdomo Vargas y otro.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14), Actor: Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01(2405-15), Actor: Oliva Silva.

²⁸ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15), Actor: Ligia Sánchez de Contreras - Alonso Contreras Gómez.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras y radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 23 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), Actor: Hipólito Dávila Sierra, y radicado: 68-001-23-33-000-2014-00209-01 (4980-2014), Actor: Clelia Roperio Niño.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 540012333000201300166-01 (0642-2015), Actor: Ana Rita Melgarejo de Galvis.

27. Analizados los antecedentes, también se observan situaciones en las que se estudió la posibilidad de hacer el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la luz de la Ley 100 de 1993, tal y como se advierte en pronunciamiento del 20 de abril de 2017³², así como otros, en los cuales se extendieron los efectos de la Ley 447 de 1998³³ para el caso de la muerte de un soldado voluntario ocurrida el día 19 de marzo de 1999³⁴.

28. A su vez, la Corte Constitucional, en la sentencia T-484 de 2012, ordenó reconocer al padre de un soldado voluntario fallecido el 14 de agosto de 1998, la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 447 de 1998, sin hacer precisión acerca de las razones por las cuales le aplicó el régimen particularmente previsto para quienes se encuentran en servicio militar obligatorio.

29. En sentencia T-393 de 2013, en un asunto en el que se debatió la prestación en referencia por la muerte de un soldado voluntario acaecida el 14 de agosto de 1998, se concluyó:

«[...] 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. [...]».

30. Así las cosas, la Corte reiteró que existe la posibilidad de aplicar el régimen general a los destinatarios de regímenes especiales, cuando se verifique que las normas que regulan una prestación específica vulneran el

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, radicado: Radicación número: 19001-23-33-000-2013-00557-01(3318-14), Actor: María Olfa Castillo.

³³ 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.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14), Actor: Pedro Nel Perdomo Vargas y otro.

derecho a la igualdad, imponiendo una diferenciación arbitraria con desmejora de las condiciones previstas para el común de las personas sin justificación aparente, caso en el cual deben examinarse los requisitos impuestos por la jurisprudencia³⁵. No obstante, en aquella oportunidad sostuvo que resultaba más favorable el contenido del artículo 189 literal d.) del Decreto 1211 de 1990, norma que finalmente sirvió de sustento para el reconocimiento pensional³⁶.

31. Evidentemente, la jurisprudencia ha sido uniforme en relación con el derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes de los soldados voluntarios muertos en combate, la cual no se encontraba contenida en el Decreto 2728 de 1968, pero no ocurre lo mismo en relación con el régimen aplicable para el efecto, pues como se advierte se ha optado por 3 normativas distintas:

- (i) El Decreto 1211 de 1990, artículo 189, cuyos destinatarios son los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
- (ii) La Ley 447 de 1998, que cobija a quienes prestan el servicio militar obligatorio.
- (iii) La Ley 100 de 1993, artículo 46, contentiva del régimen general.

32. Igualmente, se observa que la Sección Segunda no ha tenido una posición unánime en relación con la compatibilidad de la pensión de sobrevivientes y la indemnización por muerte reconocida a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate. Es así como en unos casos consideró que el reconocimiento pensional concedido es incompatible con las prestaciones contempladas por el Decreto 2728 de 1968, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 447 de 1998, en el artículo 1, parágrafo 1

³⁵ En este sentido citó la sentencia T-167 de 2011.

³⁶ En dicha providencia no se indicó la razón por la que se afirmó que la norma aplicable a quien falleció siendo soldado voluntario fue el Decreto 1211 de 1990, sin embargo se infiere que lo hizo a partir del ascenso póstumo a Cabo Segundo, como se observa del siguiente aparte: «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.»

dispuso «suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.»³⁷.

33. En otras situaciones, estimó que no se debían ordenar descuentos comoquiera que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 establecen el derecho a una indemnización que equivale al reconocimiento de cuatro años de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas³⁸.

34. En ese orden, la Sala considera necesario unificar la posición en relación con ese punto, con la finalidad de fijar una regla aplicable a los casos que se encuentren en similar situación fáctica de manera uniforme y en condiciones de igualdad, para luego resolver los problemas jurídicos correspondientes al caso objeto del recurso de alzada.

35. Para tales efectos, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: i) la pensión de sobrevivientes; ii) los soldados voluntarios. Régimen normativo; iii) régimen de prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares muertos en combate; iv) La pensión de

³⁷ En este sentido ver sentencias de la Sección Segunda Subsección A del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14), Actor: Pedro Nel Perdomo Vargas y otro; del 1 de diciembre de 2016, radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01(2405-15), Actor: Oliva Silva; Consejo de Estado; del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras; del 23 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), Actor: Hipólito Dávila Sierra; y de la Subsección B del 30 de octubre de 2008, radicado: 050012331000200001274 01 (8626-2005), Actor: Hernando de Jesús Olarte y otra.; del 7 de julio de 2011, radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba; del 2 de agosto de 2012, radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10), Actor: Alicia Usuga Valderrama; del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Actora: María Elena Cabal de Valencia.

³⁸ En este sentido ver sentencias de la Sección Segunda, Subsección B del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14), Actor: Herminda Castellanos de Arias y Joaquín Arias Gómez; del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14), Actor: Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa; del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15), Actor: Ligia Sánchez de Contreras - Alonso Contreras Gómez y de la Subsección A, del 16 de febrero de 2017, radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera.

sobrevivientes en el régimen general; v) principios rectores en materia laboral, protectorio, favorabilidad, *pro homine*, igualdad, inescindibilidad y especialidad; vi) determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes de los soldados voluntarios muertos en combate; vii) efectos del reconocimiento; y vii) recapitulación de las reglas de unificación.

2. La pensión de sobrevivientes

36. El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas.

37. Para señalar algunos de tales instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

38. Asimismo, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y, en este mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

39. En el mismo sentido, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁹ señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad norma mínima, que contempló las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes como una garantía mínima para las pensiones protegidas⁴⁰. En desarrollo de tal convenio, luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), que resalta la importancia de estas prestaciones sociales⁴¹.

40. Es de anotar que aunque tales convenios no han sido ratificados por Colombia, aquellos hacen parte del denominado *soft law* o derecho blando internacional y tienen utilidad interpretativa al armonizarlos con la Constitución y las normas que han consagrado el carácter esencial de la seguridad social.

³⁹ Preámbulo de la Constitución de la OIT: «Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo»

⁴⁰ Artículo 59 del Convenio 102 de 1952.

⁴¹ Los Convenios 102 de 1952 y 128 de 1967 no han sido ratificados por Colombia. Ver página web de la OIT:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102595

41. En efecto, por medio de la Ley 516 de 1999 se aprobó el Código Iberoamericano de Seguridad Social⁴², el cual en su parte primera sobre principios fundamentales consagra la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano (artículo 1), asumiendo los Estados un compromiso de progresividad en la materia.

42. A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política dispuso que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

43. En ese orden y bajo esos principios, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar⁴³.

44. 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

⁴² Acordado por unanimidad en la «Reunión de Ministros - Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos», celebrada en Madrid (España) los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), declarado exequible por la Corte en sentencia C- 125 de 2000.

⁴³ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

45. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

«Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.».

3. Los soldados voluntarios

46. El 31 de diciembre de 1985, el Congreso de la República expidió la Ley 131, a través de la cual se reguló el servicio militar voluntario, la que en su artículo 2 dispuso lo siguiente:

«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».

47. Por su parte, el artículo 3 señaló el régimen legal de dichos soldados voluntarios, así:

«Artículo 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley».

48. Conforme a tal normativa, **los soldados voluntarios** eran aquellas personas que, habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al reglamento de régimen disciplinario, al régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

49. Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000⁴⁴, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 contentivo del régimen de carrera y

⁴⁴ Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

estatuto militar del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

50. En el capítulo II se reguló lo relacionado con la incorporación de soldados profesionales, y en el párrafo del artículo 5, se previó que quienes venían desempeñándose como soldados voluntarios podrían solicitar su incorporación como soldados profesionales. Para el efecto dispuso lo siguiente:

«**PARAGRAFO.** Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.»

51. En lo que respecta al régimen salarial y prestacional del soldado profesional, el artículo 38 *ejusdem* señaló que el Gobierno Nacional debería expedirlo con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, lo cual se efectuó a través del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000⁴⁵.

52. Por último, y en lo referido al ámbito de aplicación, el artículo 42 previó que dicha norma se aplicaría tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

53. Ahora bien, a fin de precisar el ámbito de aplicación de la presente sentencia de unificación, es importante diferenciar a los soldados voluntarios, de los **soldados regulares, bachilleres y campesinos**, e igualmente de los suboficiales y oficiales de la Fuerza Pública.

54. Los soldados regulares, bachilleres y campesinos corresponden a modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con

⁴⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

la Ley 48 de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como *conscriptos*. Al respecto, el artículo 13 *ibidem* distinguió las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y los tiempos de duración de cada uno de ellos, así:

«Artículo 13. **Modalidades prestación servicio militar obligatorio.** El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del 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.»

55. Es de anotar que en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

56. Por otra parte, también deben diferenciarse los soldados voluntarios y profesionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En efecto, el artículo 5 del Decreto 1211 de 1990, al definir la jerarquía militar, clasificó a los oficiales y suboficiales en diferentes grados y categorías según su vinculación al Ejército Nacional, a la Armada Nacional o a la Fuerza Aérea.

57. Conforme a lo anterior, dentro del cuerpo de **oficiales** de las Fuerzas Militares se ubican los siguientes:

1. Oficiales Ejército Nacional	Oficiales generales	General
		Mayor general
		Brigadier general
	Oficiales superiores	Coronel
		Teniente coronel
		Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente

2. Oficiales Armada Nacional	Oficiales de insignia	Almirante
		Vicealmirante
		Contraalmirante
	Oficiales superiores	Capitán de navío
		Capitán de fragata
		Capitán de corbeta
	Oficiales subalternos	Teniente de navío
		Teniente de fragata
		Teniente de corbeta

3. Oficiales Fuerza Aérea	Oficiales generales	General
		Mayor general
		Brigadier general
	Oficiales superiores	Coronel
		Teniente coronel
		Mayor
	Oficiales subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente

58. Por su parte, y en lo relativo a los **suboficiales**, el artículo referido los clasificó así:

1. Suboficiales	Sargento mayor
------------------------	----------------

Ejército Nacional	Sargento primero
	Sargento viceprimero
	Sargento segundo
	Cabo primero
	Cabo segundo

2. Suboficiales Armada Nacional	Suboficial jefe técnico
	Suboficial jefe
	Suboficial primero
	Suboficial segundo
	Suboficial tercero
	Marinero

3. Suboficiales Fuerza Aérea	Suboficial técnico jefe
	Suboficial técnico subjefe
	Suboficial técnico primero
	Suboficial técnico segundo
	Suboficial técnico tercero
	Suboficial técnico cuarto

4. El régimen de prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares muertos en combate

59. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y, por su parte, los artículos 150, ordinal 19, literal e)⁴⁶ y 217⁴⁷ de la Constitución Política

⁴⁶ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.»

⁴⁷ El artículo 217 de la Constitución Política, consagra: «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares. Tal consideración encontró justificación en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁴⁸.

60. El régimen especial de las Fuerzas Militares reguló de diferente manera el tema de las prestaciones por muerte de sus miembros, en atención a las particularidades de cada una de las vinculaciones. En efecto, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio, como se expone a continuación.

61. El Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», en el artículo 8, señaló algunas prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de aquellos soldados o grumetes que mueren en servicio activo, en los siguientes términos:

«Artículo 8. 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

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.»

⁴⁸ En este sentido ver las sentencias C-432 de mayo 6 de 2004, T-372 de 2007 y T-894 de 2010, entre otras.

básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.
[...]]»

62. Tal norma se refirió de manera genérica a los soldados y grumetes por lo que no hay razón alguna para que la misma no pueda ser aplicada a los soldados voluntarios, como quiera que donde el legislador no distinguió, el intérprete se debe abstener de hacerlo.

63. Como se puede observar, la anterior disposición consagró diferentes prestaciones en atención a la forma en la que haya ocurrido la muerte del soldado o grumete, sin embargo, dentro de tales prestaciones no se encuentra la pensión de sobrevivientes.

64. Para efectos del estudio es conviene señalar que, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983⁴⁹, se profirió el Decreto 89 de 1984⁵⁰, a través del que se reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. El capítulo V de la aludida norma previó lo relativo a las prestaciones por muerte, y específicamente para la muerte en combate, señaló:

«Artículo 181. Muerte en combate. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la Muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, por hechos inherentes al combate o -por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será 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:

⁴⁹ «por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional».

⁵⁰ Es de anotar que no se incluyen prestaciones anteriores al Decreto 89 de 1984, como quiera que era la norma vigente para el momento en el que se expidió la Ley 131 de 1985, que previó la incorporación a las Fuerzas Militares de los soldados voluntarios.

a) A que el Tesoro Público les pague por un sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el Artículo 151 de este Estatuto.

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y

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 el tiempo de servicio del causante».

65. El citado artículo, señaló una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el ascenso póstumo y el derecho a la asignación de retiro por muerte en combate, cuando el oficial o suboficial fallecido llevare como mínimo doce años en servicio.

66. El 11 de enero de 1989 se expidió el Decreto 95⁵¹, por el cual se reformó nuevamente el Estatuto de Carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, normativa que en lo que respecta a las prestaciones por muerte incluyó el derecho a la asignación de retiro para todos los miembros de la Fuerza Pública fallecidos en combate, independientemente del tiempo que llevar en servicio y tan solo con diferencias en la cuantía de la prestación, como pasa a evidenciarse:

«Artículo 184. MUERTE EN COMBATE. 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, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden

⁵¹ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1988, «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía y se dictan otras disposiciones».

establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 153 de este Decreto;

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante;

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

d) Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio su cónyuge e hijos 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 153⁵² de este Decreto. [...]».

67. Las anteriores prestaciones, se mantuvieron en el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales** de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, indicó lo siguiente:

⁵² «-Sueldo básico, -prima de actividad en los porcentajes previstos en ese Estatuto; -prima de antigüedad; -prima de Estado Mayor en las condiciones previstas en este estatuto; - doceava parte de la prima de navidad; -prima de vuelo en las condiciones indicadas en este estatuto; - gastos de representación para oficiales generales o de insignia y; - subsidio familiar liquidado atendiendo a lo previsto por el artículo 77 *ibidem*, sin que el total por ese concepto sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico.

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este Estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales».

«ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.
- b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.
- d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto⁵³. [...]»

⁵³ «- 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. PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales».

68. De otra parte, en cuanto a las personas que prestan el servicio militar obligatorio conviene precisar que la Ley 447 del 21 de julio de 1998, por la cual se estableció una pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, confirió a los beneficiarios de los muertos en combate una prestación en los siguientes términos:

«Artículo 1. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.M.M. 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.»

69. Posteriormente, se expidió el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000⁵⁴, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en el cual tampoco se previó una pensión de sobrevivientes para este personal⁵⁵.

70. Más adelante, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004⁵⁶ señaló normas, objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y en cuanto a la pensión de sobrevivientes la señaló como uno de los elementos mínimos del marco pensional de dicho personal, y en el artículo 3, fijó para dicha prestación los siguientes elementos:

⁵⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁵⁵ Sobre este tema ver Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

⁵⁶ 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.

«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.»

71. Uno de los aspectos más importantes que se consagraron en la aludida ley en relación con la pensión de sobrevivientes por muerte en combate es que el monto de la prestación, en ningún caso, podrá ser inferior al 50% de las partidas computables para la asignación de retiro, sin importar el tiempo de servicios que llevare el miembro de la Fuerza Pública al momento del fallecimiento.

72. Ahora, en desarrollo de lo anterior, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y, en el artículo 19, plasmó las directrices que serían aplicables en materia de pensión de sobrevivientes por muerte en combate, diferenciando entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, así:

«Artículo 19. Muerte en combate. 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, la cual será liquidada como a continuación se señala:

19.1. Para Oficiales y Suboficiales:

19.1.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.

19.1.2. El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.

19.1.3. A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

19.2. Para Soldados Profesionales:

19.2.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, si al momento de la muerte el Soldado tiene menos de veinte (20) años de servicios.

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16⁵⁷ del presente decreto».

73. Por su parte, en el artículo 22 se reguló lo relativo a las pensiones de sobrevivientes de los soldados profesionales que se incorporaron a partir de

⁵⁷ «**Artículo 16.** Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

la entrada en vigencia del Decreto ley 1793 de 2000, entendiendo por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

74. La norma en cita, indicó:

«ARTICULO 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 32⁵⁸ del presente decreto.»

⁵⁸ «ARTICULO 32. Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.

PARÁGRAFO 1.º Para los efectos previstos en el presente artículo se entiende por accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio o aquel que se produce durante la ejecución de una orden de operaciones.

PARÁGRAFO 2.º Para el reconocimiento de la pensión establecida en este artículo, la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solo calificará la

75. De otro lado, en el artículo 34 consagró una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de quienes fallecieron en la prestación del servicio militar obligatorio:

«Artículo 34. *Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio.* A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998».

76. Conforme a lo expuesto, se observa que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 **no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate**, y que no fue sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que se consagró, de manera expresa, tal derecho a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000.

77. De acuerdo con lo anterior, las prestaciones por muerte en combate para los miembros de las Fuerzas Militares se resumen en el siguiente cuadro:

Norma	Ámbito de aplicación	Prestaciones por muerte en combate
-------	----------------------	------------------------------------

pérdida o anomalía funcional, fisiológica o anatómica, la cual debe ser de carácter permanente y adquirida solo en las circunstancias aquí previstas».

Decreto 2728 de 1968 (Artículo 8)	soldados y grumetes	Ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero.
		Reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado.
		El pago doble de la cesantía.
Decreto 89 de 1984 (Artículo 181)	oficiales y suboficiales	Ascenso póstumo
		Una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 151 de este Decreto.
		Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante
		Una pensión mensual liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante, si el oficial o suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio.
Decreto 95 de 1989 (Artículo 184)	oficiales y suboficiales	Ascenso póstumo
		Una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 153 de este Decreto 95 de 1989
		Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante
		Una pensión mensual liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante, si el oficial o suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio
		Una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas computables para las prestaciones por retiro, si el oficial o suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio.
Decreto 1211 de 1990	oficiales y	Ascenso póstumo

(Artículo 189)	suboficiales	Una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990
		Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
		Una pensión mensual liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y el tiempo de servicio del causante, si el oficial o suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio.
		Una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas computables para las prestaciones por retiro, si el oficial o suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio.
Ley 447 de 1998 (Artículo 1)	Conscriptos	Pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensual y vigente.
Decreto 4433 de 2004 (Art. 19.1)	oficiales y suboficiales	Pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:
		El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.
		El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.
		A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

Decreto 4433 de 2004 (Artículo 19.2)	soldados profesionales	Si tiene menos de 20 años de servicios, una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas computables.
		Si tiene más de 20 años de servicios, una pensión mensual equivalente al 70% del salario mensual en los términos del artículo 1 del Decreto-Ley 1794 de 2000, adicionado en un 35,5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no puede ser inferior a 1,2 salarios mínimos legales mensuales.
Decreto 4433 de 2004 (Artículo 22)	soldados voluntarios fallecidos entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003	Pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el decreto.
Decreto 4433 de 2004 (Artículo 34)	conscriptos	Pensión vitalicia , que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

78. Así las cosas, y como solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 se consagró de manera expresa el derecho a la pensión de sobrevivientes para los soldados voluntarios que se hubieren incorporado como profesionales, con anterioridad a dicha normativa se presentaba un vacío en relación con tal derecho.

79. Igualmente, conviene aclarar que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, incluyó como destinatarios a los beneficiarios de los soldados fallecidos entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y teniendo en cuenta que dicha norma fue expedida el 31 de diciembre de 2004, se

generaría el interrogante de cuál es la preceptiva que rige a dicho personal entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2004, duda que se disipa al corroborar que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al régimen de carrera de soldados profesionales instaurado por el Decreto 1793 de 2000, se adelantó de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria⁵⁹, situación que conllevó a que todos los soldados fueran ya profesionales, lo cual los ubica en el primer inciso del referido artículo 22.

5. Pensión de sobrevivientes en el régimen general

80. El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 contempló distintos tipos de prestaciones para las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Así, en el artículo 46 consagró la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

«[...] Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

⁵⁹ Así lo señaló la sentencia de unificación de la Sección Segunda, del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

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. [...]]»

81. Por su parte, el artículo 49 previó el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en los casos en los cuales para el momento de la muerte del afiliado, este no había cumplido con el requisito de las semanas de cotización.

82. Los requisitos para obtener la aludida prestación, fueron modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al disponer:

«Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Parágrafo 1°. 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 parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Parágrafo 2°. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003⁶⁰.» (Negritas fuera de texto)

83. Respecto a este artículo, es importante destacar que prevé dos supuestos de hecho claramente diferenciables, como se ilustra a continuación:

84. El primero hace alusión a la prestación que se deriva de la muerte de quien ya está pensionado sea por vejez o invalidez, la cual podría denominarse como la sustitución pensional propiamente dicha, toda vez que no se genera una prestación nueva, sino que se trata de la misma prestación que se pagaba al fallecido. Este supuesto está contemplado en el ordinal 1.º de la norma en comento.

⁶⁰ El texto declarado inexecutable regulaba que, si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.

85. El segundo, se refiere a la prestación que reciben los beneficiarios con ocasión del deceso del afiliado, que encaja de manera más propia en la definición de pensión de sobrevivientes, y en la que se trata de una nueva prestación, supuesto que se subsume en la previsión del ordinal 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

86. A su turno, el artículo 77 de la Ley 100 de 1993 explica la forma de financiación de la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

«La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en razón de cotizaciones voluntarias, no integrará el capital para financiar las pensiones de sobrevivientes generadas por muerte de un afiliado, salvo cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de sobrevivientes. Dicho monto podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión. Si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado, se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento.

Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

87. Por su parte, y en desarrollo del principio de solidaridad, el artículo 75 *ejusdem* contempla la garantía estatal de pensión mínima de sobrevivientes,

en virtud de la cual el Estado debe garantizar el complemento para que los sobrevivientes tengan acceso a tal prestación mínima, la que será equivalente al 100% del salario mínimo mensual vigente.

88. Conforme a lo expuesto, los recursos de la financiación de la sustitución pensional son los previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviere recibiendo el causante al momento de su fallecimiento. Por su parte, la pensión de sobrevivientes se financia con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional y con la suma adicional que sea necesaria completar, la cual está a cargo de la aseguradora correspondiente.

89. En relación con este último aspecto, es importante precisar como los dineros para sufragar esta prestación no provienen de la acumulación de un capital suficiente para financiarla, como en principio sucede, por ejemplo, con la pensión de vejez, sino que se derivan de un sistema de aseguramiento del riesgo por fallecimiento del afiliado, el legislador previó un tiempo mínimo de cotización, con la expectativa de que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte de todos los afiliados cotizantes resultaran suficientes para generar un fondo común en el caso del régimen de prima media, o una cuenta separada para este efecto, en el caso del régimen de ahorro individual, a través de una compañía de seguros. Así se deduce del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los principios de solidaridad y universalidad consagrados en la Constitución Política en esta materia.

90. En ese orden, el costo de la prima de aseguramiento se incluye en la cotización al sistema general de seguridad social, aspecto frente al cual la Corte Constitucional, en la sentencia C-617 de 2001, aclaró:

«[e]n la pensión de sobrevivientes hay entonces “un elemento de seguro”⁶¹, por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el

⁶¹ Se remitió al concepto que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió rindió en dicho proceso.

legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26⁶² semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.»

91. En resumen, las diferencias entre la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes se explican en el siguiente cuadro:

Tipología	Fundamento normativo	Definición	Recursos	Identidad en la prestación
Sustitución pensional	Ordinal 1.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993	Prestación que se deriva de la muerte de quien ya está pensionado.	Se financia con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento	Es la misma prestación que se pagaba al pensionado fallecido. Se trata del cambio de titular de la prestación
Pensión de sobrevivientes	Ordinal 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993	Prestación que se genera en razón de la muerte del afiliado, previo el cumplimiento de unos	Se trata del cubrimiento de un riesgo. Se financia con los recursos de la	Es una nueva prestación de la que no gozaba el causante

⁶² Posteriormente la Ley 797 de 2003, en el artículo 12, amplió este requisito de 26 a 50 semanas.

		requisitos determinados por el legislador	cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Por su parte, en prima media se financian con los recursos del fondo común, de naturaleza pública, en donde los recursos se distribuyen para pagar las pensiones de todos los afiliados	
--	--	---	--	--

6. Principios rectores en materia laboral.

6.1. Principio protector o protectorio

92. El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra.

93. La trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación».⁶³ Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual «El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador»⁶⁴.

94. Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el principio de favorabilidad, el *in dubio pro operario*, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos y el de la primacía de la realidad sobre las formas.

95. Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo⁶⁵.

⁶³ Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, ediciones De la Palma, Buenos Aires 1990, segunda edición, p. 23

⁶⁴ *Ibidem* p. 25

⁶⁵ Artículo 9. Protección al trabajo. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.

6.2. Principio de favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho en materia pensional. Expresión del principio protectorio

96. El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector, como se dijo en precedencia, y uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política.

97. En la jurisprudencia constitucional el aludido principio, ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

98. En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de **favorabilidad** se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la fuente formal de derecho aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de *inescindibilidad o conglobamento*⁶⁶.

99. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador».

⁶⁶ Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T-350 de 2012, T-831 de 2014.

100. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad.

101. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador.

6.3. Principio *pro homine* o *pro persona*

102. El principio *pro homine* es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de tales derechos. En palabras de la Corte Constitucional, «el principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional»⁶⁷.

103. Tal principio tiene su consagración normativa en los artículos 1 y 2 de la Carta Política y en el artículo 93 *ejusdem*, en virtud del cual, los derechos y

⁶⁷ Sentencia C-438 de 2013

deberes contenidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

104. En ese sentido, el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos previó lo siguiente:

«Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

105. Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuso:

«Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.»

106. El *pro homine* se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, que tiene aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, al ser considerado este como un derecho fundamental.

6.4. Principio de igualdad en los regímenes pensionales

107. Es importante precisar que los regímenes pensionales especiales encuentran limitantes impuestas en virtud de la aplicación de principios superiores como la igualdad y la favorabilidad, tal y como pasa a exponerse.

108. En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado ha admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios⁶⁸.

109. Adicionalmente, ha indicado que quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a aquellos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios⁶⁹.

110. No obstante, es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al

⁶⁸ Ver, entre otras, sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995 y providencia de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2017, radicación: 170012333000201300133 01 (0274-2014), actor: Mía Gladys Toro de Ramírez.

⁶⁹ Sentencia C-956 de 2001.

régimen general⁷⁰, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos:

«(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 (sic) 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»⁷¹.

6.5. Principio de inescindibilidad de la norma

111. Para definir el contenido del concepto inescindibilidad, es necesario hacer referencia a su origen etimológico. La palabra *inescindibilidad* se forma con el prefijo «in», del latín in: de valor negativo o privativo⁷² y el sufijo «bilidad», que significa «cualidad en sustantivos abstractos derivados de adjetivos». Por su parte, el vocablo «escindir»⁷³ significa «cortar, dividir, separar». De lo cual se concluye que el principio en cuestión hace referencia a algo que carece de la cualidad de ser escindido, es decir, refiere a lo que no puede ser cortado, separado o dividido.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Sentencia T-167 de 2011.

⁷² <http://dle.rae.es/?id=L9vLorj|L9vXSzQ>.

⁷³ <http://dle.rae.es/?id=GEBq7jT>.

112. El aludido principio en materia laboral se encuentra consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo que señala:

«[...] NORMAS MAS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad. [...]» (Se subraya)

113. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷⁴ se refirió a este principio para señalar que consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

114. A su vez, esta Sección⁷⁵ en reiterada jurisprudencia sostuvo que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Textualmente previó:

«[...] El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al

⁷⁴ Ver, entre otros: i) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto de 13 de junio de 2017, radicación 11001-03-06-000-2017-00021-00; ii) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de julio de 1997, radicación 0992.

⁷⁵ Ver entre otras: i) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016, número interno 3420-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2008, número interno 1371-2007; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2008, número interno 3021-2004.

afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido [...]»

115. Esta postura concuerda con lo considerado por la Corte Constitucional⁷⁶ tal y como se observa en el siguiente aparte:

«[...] La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. [...]» (Se subraya)

116. Finalmente, frente a este principio la doctrina⁷⁷ ha manifestado lo siguiente:

«[...] Se ha llamado inescindibilidad, es decir, la consideración global o de conjunto, es decir, el criterio orgánico porque tiene en cuenta el

⁷⁶ Ver entre otras: i) Sentencia C 168 de 1995; ii) Sentencia T-832 A de 2013.

⁷⁷ López Fajardo Alberto, Elementos del Derecho del Trabajo, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999, página 96.

carácter unitario de cada régimen. Consiste en que se elige la norma más favorable al trabajador, pero en su totalidad, sin aplicarlos parcialmente o escindirla.

Se debe aplicar en su integridad, no se debe fraccionar y aplicar disposiciones de uno y otro al caso controvertido, de tal forma que al aplicar un texto legal se debe excluir al otro, de lo contrario se está quebrantando este principio y se asumiría la teoría acumulista o atomista, que sostiene que pueden extraerse de cada norma las disposiciones que sean más favorables. [...]»

117. De lo anterior, se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las disposiciones legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

118. De manera que no podría predicarse una tensión de principios entre la favorabilidad y la inescindibilidad, toda vez que el primero tiene un mayor peso en atención a las normas constitucionales y convencionales que lo consagran como un principio rector en materia laboral, del cual se deriva incluso, el de la inescindibilidad.

119. Por otra parte, la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y, en ese sentido, se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente, y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger

las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro.

6.6. Principio de especialidad

120. La especialidad es un principio general del derecho y su referente normativo en el ámbito Colombiano se ubica en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que dispone «Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería», contenido del que se extrae que la disposición que regula un asunto especial prevalece sobre aquella de carácter general, de ahí que se identifique con el aforismo latino *lex specialis derogat generali*.

121. La utilidad de este principio como criterio interpretativo para resolver los casos en los que se presenta incompatibilidad entre fuentes formales del derecho de igual jerarquía, ha sido resaltado por la Corte Constitucional en varias oportunidades⁷⁸, dentro de las cuales conviene tener presente lo expuesto en la sentencia C-439 de 2016, que al respecto sostuvo:

«Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”. Respecto al alcance del criterio de especialidad, en el mismo fallo se trajo a colación lo dicho por la Corporación en la Sentencia C-078 de 1997, al referirse esta al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente sobre las normas del anterior Código Contencioso Administrativo. Esta última sentencia dijo sobre el particular:

⁷⁸ Ver las sentencias C-005 de 1996, C-451 de 2015 y C-2015, entre otras.

“Ahora bien, con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 fijaron diversos principios de interpretación de la ley, que en este caso pueden ser de recibo.

Entre los principios contemplados por las dos leyes mencionadas se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se halle disposiciones incompatibles entre sí ‘la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general’ (numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887). Esta máxima es la que debe aplicarse a la situación bajo análisis: el Código Contencioso Administrativo regula de manera general el instituto de la revocación directa de los actos administrativos y el Estatuto Tributario se refiere a ella para el caso específico de los actos de carácter impositivo”[35].

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.

6.6. En relación con este último punto, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior⁷⁹»

⁷⁹ Se citó la sentencia C-339 de 2002

122. Por su parte, la doctrina explica la dinámica de este principio señalando que «se aplicará la norma general, a menos que, en el supuesto de hecho de la vida real, se den las circunstancias más específicas y en parte divergentes del supuesto de hecho de la norma especial, en cuyo caso se aplicará esta última»⁸⁰, situación que se desprende de la mayor aptitud que tiene la regla específica para regular determinados supuestos de hecho que la que presenta la ley general.

123. Otro aspecto a destacar del principio en cuestión es su relación con los principios de justicia e igualdad al ofrecer un trato igual a sujetos que pertenecen a la misma categoría «precisamente porque el ideal del ordenamiento justo es aquel en el que se da a cada uno lo que le corresponde, por la singularidad que le distingue como persona frente a las demás personas»⁸¹, entonces será viable la aplicación de normas específicas a situaciones que objetivamente merezcan una regulación diferenciada.

124. Adicionalmente, en cuanto al derecho de igualdad es necesario recordar que aquel se concreta en los siguientes mandatos (i) brindar un trato idéntico a personas que se encuentren en idénticas circunstancias (ii) ofrecer un trato enteramente diferenciado a personas cuyas situaciones no tienen ningún elemento en común (iii) otorgar trato paritario a quienes presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y (iv) dispensar trato diferenciado a aquellos que se encuentran en una posición en parte similar y en parte distinta, en donde las diferencias sean más relevantes⁸².

125. Así, resulta claro que de conformidad con el primero de los anteriores puntos, esto es, el que obliga a dar trato idéntico a las personas que se encuentran en la misma circunstancia es necesario inferir que existe una relación íntima del principio de especialidad con el de igualdad, pues el primero permitirá la realización y materialización del segundo.

⁸⁰ TARDÍO PATO, José Antonio: Artículo El Principio de Especialidad Normativa (Lex Specialis) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/784932.pdf> ., 2003, p.192.

⁸¹ BOBBIO, Norberto: Contribución a la Teoría del Derecho, Ed. Debate, 1990, Madrid, España, pág. 347

⁸² En este sentido ver, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional C- 535 de 2017.

126. Finalmente, en este apartado debe atenderse de igual manera el principio de inescindibilidad cuando se acuda a la aplicación de normas de regímenes especiales.

7. Determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate

127. Como antes se anotó, para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes a los soldados voluntarios se tiene, por una parte, el Decreto 2728 de 1968, norma que venía rigiendo a este tipo de personal en virtud del carácter genérico de la expresión «soldados» con la que se refiere a sus destinatarios y que dentro de las prestaciones que consagra como consecuencia de la muerte en combate están:

- Ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero.
- Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado.
- Pago doble de la cesantía.

128. Por virtud del ascenso póstumo contenido en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, el soldado voluntario muerto asciende a la categoría de suboficial como cabo segundo o marinero, según el caso, por lo cual sus prestaciones se liquidan conforme la asignación que corresponde a dicho grado.

129. Por otra parte, la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 *ibidem*, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.^o, literal e.)⁸³ y 217⁸⁴ de la

⁸³ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 19. Dictar

Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁸⁵.

130. Sin embargo, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993⁸⁶ permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel.

131. Ante el panorama normativo expuesto, se tienen, en principio, dos fuentes formales del derecho que regulan la misma situación y frente a las cuales se presenta duda en su aplicación, es decir que se cumplen los supuestos que permiten emplear el principio de favorabilidad para identificar cuál regla resulta más benefactora.

132. Se evidencia entonces la existencia de dos regímenes vigentes **hasta antes del 7 de agosto de 2002**⁸⁷, fecha a partir de la cual los beneficiarios

las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.»

⁸⁴ El artículo 217 de la Constitución Política, consagra: «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.»

⁸⁵ En este sentido ver las sentencias C-432 de mayo 6 de 2004, T-372 de 2007 y T-894 de 2010, entre otras.

⁸⁶ ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

⁸⁷ De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22 cuando prevé: «[...] Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden

de los soldados voluntarios tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 22 del Decreto 4433 de 2004.

133. A efectos de determinar cuál sería el régimen más favorable, es menester realizar un comparativo de las prestaciones, así:

Decreto 2728 de 1968	Ley 100 de 1993
- Ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero. - Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado. - Pago doble de la cesantía.	Pensión de sobrevivientes

134. De acuerdo con lo anterior, es evidente la divergencia que se presenta entre las prestaciones que conceden ambos regímenes, especialmente en relación con el ascenso póstumo, el cual si bien no tiene un carácter económico sí sirve como base para el reconocimiento de las prestaciones que se expresan en sumas líquidas, motivo por el cual la Sala se detendrá en este particular.

7.1. Ascenso póstumo. Naturaleza y finalidad

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.»

135. Para el cumplimiento de la finalidad que la Constitución Política le encomendó a las Fuerzas Militares en el artículo 217, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, la actividad castrense está enmarcada en unos principios que permitan su desarrollo, algunos de ellos son: disciplina, honor, patriotismo, responsabilidad, valor, lealtad, obediencia y subordinación, entre otros que han sido puestos de presente por las normas que recogen el código de conducta de este personal y el régimen disciplinario, para señalar las más recientes, la Ley 1862 de 2017⁸⁸, Ley 836 de 2003⁸⁹ y el Decreto Ley 1791 de 2000⁹⁰.

136. Dentro de los principios que caracterizan la actividad militar se destaca el de honor, que ha sido definido como: «Característica del militar que lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar»⁹¹ y también como «Uno de sus pilares fundamentales es el Honor Militar, el cual es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro y que colocan al militar en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a que pertenece»⁹² y que se exalta con reconocimientos especiales, tales como las menciones honoríficas de que trata el artículo 30 de la Ley 1862 de 2017.

137. Aclarado lo anterior, el ascenso póstumo es un reconocimiento con carácter honorífico para aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que han desplegado acciones de excepcional altruismo al servicio de la patria, y es que, precisamente, por definición gramatical, una de las acepciones de vocablo *póstumo* se refiere a «[...] Dicho de un acto, especialmente de un homenaje: Que se realiza después de la muerte de la persona a quien va dirigido»⁹³, de allí que lo pretendido por esta figura es enaltecer el mayor

⁸⁸ «Por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar.»

⁸⁹ «Por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares.»

⁹⁰ «Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.»

⁹¹ Artículo 6, ordinal 9 de la Ley 1862 de 2017.

⁹² Artículo 24 de la Ley 836 de 2003.

⁹³ <http://dle.rae.es/?id=TqjIDCn>.

sacrificio que un miembro de la Fuerza puede hacer, esto es, el de entregar su vida durante el combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales que se comprometió a observar, situación que no se predica de la generalidad de las personas, sino que es propia de los miembros de aquellas instituciones.

138. En ese orden, es claro que este tipo de ascenso no tiene la connotación de una prestación social que busque amparar alguna contingencia o riesgo del servidor, de manera que se enmarque en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social, como se desprende del siguiente aparte:

«[...]

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma⁹⁴.

[...]»⁹⁵

139. Lo anterior, no obsta para los efectos económicos que el Decreto 1211 de 1990 le imprimió en materia de prestaciones por muerte en combate las cuales deben liquidarse con base en la asignación salarial que correspondía al grado superior, para los beneficiarios de quien perteneciendo a las

⁹⁴ Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.

Fuerzas Armadas pereció en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

7.2. Régimen pensional aplicable

140. De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el estudio del ascenso póstumo deja en evidencia que este es un reconocimiento propio de los miembros de las Fuerzas Militares, pues son precisamente quienes están sometidos al riesgo que supone el combate, dentro de las funciones que les fueron asignadas para el cumplimiento de los fines del Estado.

141. De esta manera se tiene que en tratándose de soldados voluntarios fallecidos en combate, estos tienen el derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual contempla el ascenso póstumo. Ahora por virtud de ese ascenso póstumo, el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y por ende a ser destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de ese personal, que en su orden serían los Decretos 89 de 1984⁹⁶, 85 de 1989 y 1211 de 1990 y posteriormente, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, los cuales consagraron de manera expresa la pensión de sobrevivientes para ese personal.

142. Las diferencias entre las normas anteriores a la Ley 923 de 2004 se evidencian en el siguiente cuadro:

Decreto 2728 de 1968	Decreto 89 de 1984	Decreto 95 de 1989	Decreto 1211 de 1990
Ascenso póstumo al grado	Ascenso póstumo al	Ascenso póstumo al grado	Ascenso póstumo al grado

⁹⁶ Es de anotar que no se incluyen prestaciones anteriores al Decreto 89 de 1984, como quiera que fue la Ley 131 de 1985, la que previó la incorporación a las Fuerzas Militares de los soldados voluntarios.

de Cabo Segundo o Marinero	grado inmediatamente superior	inmediatamente superior	inmediatamente superior
- 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado - pago doble de la cesantía.	-compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante. - pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante. - Si hubiere cumplido 12 o más años de servicio, el pago de una pensión mensual, liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.	- compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante. - pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante. - Si hubiere cumplido 12 o más años de servicio, el pago de una pensión mensual, liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. - Si no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho al pago de una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 153 del Decreto.	- compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante. - pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante. - Si hubiere cumplido 12 o más años de servicio, el pago de una pensión mensual, liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. - Si no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho al pago de una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.

143. El anterior cuadro permite concluir que si bien por virtud del Decreto 2728 de 1968, los soldados voluntarios fallecidos en combate, ascendían a suboficiales y por ende eran destinatarios del Decreto 89 de 1984, tal regulación solo contemplaba la pensión de sobrevivientes para aquellos miembros de la Fuerza Pública que hubieren fallecido en combate, y tuvieran 12 o más años de servicios, lo que no les permitía acceder a la aludida prestación por muerte, como quiera que al haberse incorporado en esa calidad a las Fuerzas Militares por virtud de la Ley 131 de 1985, no les era dable reunir el requisito temporal que la norma exigía toda vez que ningún soldado voluntario habría podido prestar sus servicios durante 12 años en vigencia del decreto en mención.

144. Así las cosas, fue solo con la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989, que obtuvieron el derecho a tal prestación, toda vez que la aludida disposición la preveía con independencia del tiempo de servicio, lo cual se mantuvo con el Decreto 1211 de 1990, normas que mejor regulan el supuesto de hecho consistente en la muerte de un miembro 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*, pues son precisamente estos servidores los que están sometidos al riesgo especial que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, comprometen.

145. De acuerdo con lo anterior y en atención al contenido del **principio de especialidad** explicado en precedencia⁹⁷, se debe dar prevalencia al régimen especial⁹⁸ que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

146. La identidad fáctica anotada ha sido el referente para que el Consejo de Estado⁹⁹ haya encontrado que no es razonable ni existe justificación válida para que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990¹⁰⁰ ordenen un ascenso póstumo, así como el reconocimiento de unas prestaciones económicas en favor de sus beneficiarios, pero no el pago de la pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de las Fuerzas Militares pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba, por ello, en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, ha reparado en la viabilidad de inaplicar el Decreto 2728 de 1968 y tener en cuenta el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, dependiendo de la fecha de

⁹⁷ Ver acápite 6.6. de esta providencia.

⁹⁸ Tan solo a partir de la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989.

⁹⁹ En la providencia se citan: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicación: 2161-2009 ii) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2015, radicación: 4353-2013; iii) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicación: 2801-2015.

¹⁰⁰ Argumento que resulta igualmente válido frente al Decreto 95 de 1989.

la muerte del causante, con el objetivo de reconocer la prestación periódica¹⁰¹.

147. Debe considerarse además, que dado que el principio de inescindibilidad impediría que el reconocimiento de las prestaciones por muerte bajo las condiciones del régimen general se liquidaran con fundamento en los haberes percibidos por el grado superior, la aplicación de un criterio basado en los principios de igualdad material y justicia lleva a que sea el principio de especialidad el que oriente la selección del régimen contenido en el Decreto 95 de 1989 o en el Decreto 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento, pues tal medida se acompasa de mejor manera con el principio *pro homine* y la dignidad humana de quienes entregaron su vida para el cumplimiento de los fines del Estado, acto meritorio que da lugar al ascenso póstumo.

148. Por otra parte, en relación con la aplicación de la Ley 447 de 1998 a los soldados voluntarios en materia de pensión de sobrevivientes, conviene referirse a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2003, al analizar la exequibilidad del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, por el cargo de vulneración del derecho a la igualdad, frente a quienes prestaban servicio militar que estaban amparados por dicha ley, providencia en la que se concluyó:

«Por otro lado, y en cuanto al argumento del demandante, consistente en que existe un trato desigual para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares frente al trato que reciben los beneficiarios de quienes mueren en combate prestando el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, toda vez que estos últimos, independientemente del tiempo de servicio, reciben una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente (Ley 447 de 1998), a juicio de la Corte tampoco se desconoce el artículo 13 por cuanto se trata de supuestos de hecho distintos que hacen imposible una comparación. Mientras el servicio militar tiene una duración máxima de 24 meses, la carrera de los oficiales o suboficiales es aproximadamente de 36 años para los primeros y de 23 para los

¹⁰¹ Ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 mayo de 2017, radicación: 680012333000201400209-01 (4980-2014), actor: Clelia Ropero Niño.

segundos. Así mismo, mientras la prestación del servicio militar es obligatoria, el ingreso a las Fuerzas Militares para iniciar la carrera de oficial o suboficial es un acto voluntario del individuo. El tiempo de permanencia en las instituciones es distinto. De tal manera que no pueden compararse las dos situaciones, por lo menos en el aspecto que ahora ocupa la atención de la Corte, y toda vez que vistos los artículos impugnados en conjunto con el resto de las disposiciones del Decreto 1211 de 1990, del cual hacen parte, se encuentra que los beneficios que reciben los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, así como los que reciben sus beneficiarios, luego de su muerte, son mayores.»

149. En efecto, la situación del conscripto en las Fuerzas Militares resulta distinta a la del soldado voluntario, pues mientras el primero se encuentra vinculado por la obligación constitucional de tipo temporal que se le ha impuesto, el segundo, al igual que los oficiales y suboficiales, deviene de su incorporación voluntaria a la institución, lo cual expone la diferencia entre los supuestos de hecho que se regulan.

150. Así pues, se concluye que el criterio hermenéutico de especialidad conduce a que sea el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento, la norma aplicable para los soldados voluntarios fallecidos en combate desde la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989¹⁰² hasta el 7 de agosto de 2002, fecha a partir de la cual se aplican las reglas contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

7.3. Efectos del reconocimiento

7.3.1. Compatibilidad de prestaciones y descuentos

151. Establecido como está que el régimen al cual puede darse aplicación en virtud del principio de especialidad es el contenido en el Decreto 95 de 1989

¹⁰² El cual contempló la prestación.

o en el Decreto ley 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento, es preciso referirse a la consecuencia que de ello se desprende ante una eventual sentencia favorable.

152. Al respecto, se advierte que una de las consecuencias de beneficiarse de determinado régimen pensional es precisamente el hecho de que tiene que someterse a este en la totalidad de sus disposiciones, condición conocida como principio de inescindibilidad o conglobamento, sin que le esté dado fragmentar las normas, tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto.

153. Para dar cumplimiento a lo anterior, vistos los emolumentos que ofrece el Decreto 2728 de 1968 y los contenidos en los Decretos 95 de 1989 y 1211 de 1990, se advierte que existe identidad entre ambas regulaciones y solamente existe disparidad en cuanto al reconocimiento pensional que permiten estos. Así las cosas, no surge incompatibilidad entre las prestaciones que se hubieren reconocido a los beneficiarios del soldado voluntario con sustento en el decreto citado, solamente deberían adicionarse aquellas relativas a la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, no es necesario considerar descuento alguno.

154. Se aclara que esta regla es diferente a la fijada en las sentencias de unificación SUJ-09-02 y SUJ-010-02, proferidas por la Sección Segunda de esta Corporación los días 1.º de marzo de 2018 y 12 de abril de 2018, por las siguientes razones: i) toda vez que en las providencias referidas se definieron las reglas aplicables cuando la muerte acaecía en simple actividad y no en combate como ocurre en el presente caso; ii) por cuanto en las aludidas sentencias la pensión de sobrevivientes se reconoció con base en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, el cual no contempla como prestación por muerte la indemnización o compensación por muerte, como sí lo hace el régimen especial de las Fuerzas Militares, norma que rige la prestación que acá se reconoce; iii) en atención a que la indemnización o compensación por muerte reconocida en las sentencias de unificación referidas no resultaba compatible con la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, mientras que en el presente caso sí resulta compatible con las prestaciones consagradas en el Decreto 2728 de 1968.

7.3.2. Orden de beneficiarios

155. En cuanto al orden de beneficiarios de las prestaciones derivadas de la muerte en combate, deberá atenderse la preceptiva que trae el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, dependiendo de la fecha de fallecimiento del soldado voluntario, que de manera general se equipara al Decreto 2728 de 1968, pero en lo atinente a la pensión de sobrevivientes exceptúa a los hermanos del causante, tal y como se expone a continuación:

Decreto 95 de 1989	Decreto 1211 de 1990	Decreto 2728 de 1968
a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley	a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.	1. La mitad a la esposa y la otra mitad a los hijos legítimos si hubiere también hijos naturales estos concurren en esta parte en las proporciones de la Ley. Si no hubiere hijos legítimos la proporción de estos corresponde a los hijos naturales
b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley	b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.	2. Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos naturales, la prestación corresponde integralmente a los hijos legítimos.
c. Si no hubiere hijos, el cónyuge sobreviviente lleva toda la prestación.	c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así: - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge. - El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes	3. A falta de hijos legítimos y de hijos naturales la prestación corresponde a la esposa y a los padres legítimos o naturales del Soldado o Grumete. A falta de

	iguales.	estos lleva toda la prestación la esposa.
d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres. -Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. -Si el causante es adoptivo simple, la prestación se divide proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre. -Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. -Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción. -Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Oficial o Suboficial. -Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos. -A falta de	d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción. - Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos. - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.	4. Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos legítimos el monto de la prestación se divide entre los padres legítimos y los hijos naturales del causante. A falta de los padres legítimos llevan la prestación los hijos naturales y el derecho de estos, los padres naturales

descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.		
		5o. A falta del personal enumerado anteriormente, la prestación se pagará proporcionalmente a los hermanos menores de edad y las hermanas célibes del Soldado o Grumete, previa comprobación de que dependerían económicamente de él.

7.3.3. Prescripción

156. En relación con la prescripción, se debe atender el término cuatrienal del régimen especial contenido en el régimen especial, esto es el cuatrienal contemplado tanto en el artículo 169 del Decreto 095 de 1989 como en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. En efecto, las normas en citas disponen lo siguiente:

«ARTÍCULO 169. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por

un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»

«ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»

7.4. Recapitulación de las reglas de unificación

157. 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 especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002¹⁰³, 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

¹⁰³ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieron fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

2. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.
3. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002¹⁰⁴, 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, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990).

8. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad.

158. La importancia del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano cobra cada día más trascendencia, sobre todo en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012. Si bien se trata de una figura más propia del *Common Law* que de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germana el precedente ha ido consolidándose en el sistema de fuentes e incluso lo ha transformado.

159. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de

¹⁰⁴ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

unificación dentro de la estructura normativa.¹⁰⁵ Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada **con miras a su aplicación obligatoria o vinculante**. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,¹⁰⁶ se convierten en su propia «regla de reconocimiento».¹⁰⁷

160. Lo anterior, no implica desconocer la prevalencia de la ley¹⁰⁸ en su categoría de fuente principal de las decisiones judiciales (artículo 230 de la Constitución Política). Al contrario, esta opción fue adoptada por el legislador quien le otorgó a la jurisprudencia la categoría de fuente del derecho,¹⁰⁹ creadora de norma integrante del ordenamiento jurídico. Sobre este particular, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

«[...] 11. **El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de

¹⁰⁵ Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

¹⁰⁶ Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

¹⁰⁷ A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señalan que «[...] Las normas pueden ser “convertidas” en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son “convertidas” en razones por **A** [el agente]. [...]» . Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf> el 27 de octubre de 2017.

¹⁰⁸ Entendida como todo acto de carácter general y obligatorio, dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídicos les otorga carácter legislativo. Ver Garrido Falla, F., Tratado de Derecho Administrativo T. I., Madrid 1958. P. 218 y Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, T. I. Montevideo 1953, p. 428. Ambos citados por Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 399.

¹⁰⁹ Orozco Muñoz, Martín, en «La Creación Judicial del Derecho y el Precedente Vinculante» define las fuentes del derecho como «[...] actos, hechos o valores con vocación normativa establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo éstas, por tanto, un productor o resultado *derivado* de las fuentes. [...]» Aranzadi. Thomson Reuters, *The Gloval Law Collection Legal Studies Series*. 2011. P. 27.

significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.¹¹⁰ **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.»¹¹¹**

161. En reciente providencia, la misma alta corporación refirió al respecto que:

«[...] Si bien se ha dicho que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencial-mente(sic) la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone la realización de un determinado grado de abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de *subregla*, a los textos previstos en la Constitución o en la ley un significado coherente, concreto y útil. [...]»¹¹²

¹¹⁰ Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, “... *el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.*

¹¹¹ Corte Constitucional sentencia C- 634 de 2011.

¹¹² Corte Constitucional sentencia C-179 de 2016.

162. Este razonamiento no es nuevo, puesto que desde la Sentencia C-486 de 1993 la Corte Constitucional ya avalaba esta interpretación del concepto «ley» contenido en primer inciso del artículo 230 constitucional. Veamos:

«[...] Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Cart. 16). [...]»

163. Como se observa la categoría normativa de la jurisprudencia se explica porque cuando un órgano judicial dicta sentencia «[...] no juega un papel pasivo, no es una máquina de subsunciones. [...] la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto, y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de normas generales o abstractas [...]».¹¹³ Por ello, la aplicación de esa norma jurídica individual a nuevos casos, convierte a la jurisprudencia en «fuente viva del derecho».¹¹⁴

164. Así las cosas, el juez, al interpretar un texto o fuente normativa, determina el significado general del mismo para resolver la pretensión enjuiciada a través de una decisión concreta en relación con un objeto o unos sujetos específicos, sin que por esto deje de ser norma general vinculante para casos posteriores¹¹⁵ ya que la premisa normativa extraída de la

¹¹³ Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 502.

¹¹⁴ Díez, Manuel María, refiere que la historia de un pueblo se refleja mejor en la jurisprudencia que en los textos legales. Lo anterior, en la obra citada T. I., p. 504 en la cual cita a Vid. *Pacchioni*, "I poteri creativi della giurisprudenza" en *Rivista di Diritto Commerciale*, Roma, 1912, t. I, p. 40, quien hace alusión a Luder, J. A., («El estudio crítico de la jurisprudencia», en *La Ley*, t. 46, p. 1044).

¹¹⁵ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.

interpretación realizada, adquiere la condición de «norma universal» con proyección hacia el futuro.¹¹⁶

165. Esta categorización no significa que el juez se convierta en un legislador originario e invada la órbita del órgano constitucionalmente establecido para crear las leyes. Se niega esta calidad, porque la labor «creativa-normativa» del juez no es libre, sino que se encuentra limitada o condicionada por el propio sistema de fuentes que rige en el ordenamiento jurídico «[...] al que, precisamente, dicha actividad judicial se encamina a depurar, integrar e interpretar; lo que determina que en la depuración, integración e interpretación de las fuentes del Derecho, los jueces encuentren delimitados o circunscritos por tal sistema de fuentes [...]».¹¹⁷

166. Este reconocimiento normativo de la jurisprudencia y su influencia sobre otro tipo de decisiones judiciales se enmarca en el nuevo enfoque del Estado Constitucional de Derecho, con el cual se superan las concepciones tradicionales que limitaban el papel del juez respecto de la aplicación e interpretación de la ley,¹¹⁸ basadas en el principio de separación de poderes que imperó en época de la revolución francesa y que originó la escuela de la exégesis, que no concebían al juez como creador del derecho. Esta nueva concepción, aceptada incluso por Kelsen,¹¹⁹ es la que origina la vinculatoriedad del precedente para la decisión de nuevos casos con patrones fácticos y jurídicos similares.

¹¹⁶ Aguiló Regla, J. Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel, 2000. pp. 110-111, citado por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.

¹¹⁷ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 152.

¹¹⁸ Entre cuyos expositores la Corte Constitucional menciona en la sentencia C-820 de 2006 a Juan Jacobo Rousseau (El Contrato Social. Libro II, capítulos VI y VII. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Páginas 19 a 24), Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes) y Cesare Beccaria. (De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis. Bogotá. Tercera Edición. 2000. Página 13).

¹¹⁹ Hans Kelsen habló de las «normas generales creadas por actos judiciales», «función legislativa del poder judicial» y que la decisión del tribunal «en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares» en cuyo caso, el tribunal «crea, mediante su decisión, una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo» Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, páginas 157 y, 177 y 322 citadas por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 31.

167. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política.¹²⁰ Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

168. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente –*horizontal*–, como al fijado por sus superiores funcionales –*vertical*–.¹²¹

¹²⁰ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

¹²¹ SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[...] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. [...]»

169. En relación con este último precedente, la doctrina internacional,¹²² lo sub clasifica en dos vertientes: **a)** por supremacía y **b)** por jerarquía. El primero que emana de los órganos configurados como intérpretes supremos de un determinado ordenamiento o disposición normativa, y que está dotado de supremacía o prevalencia sobre los restantes órganos jurisdiccionales, en el caso colombiano se asimila a las sentencias de unificación, como se expuso en precedencia. El segundo, «por jerarquía», que proviene de los órganos superiores en la estructura judicial y se impone sobre los jueces de inferior jerarquía, valga decir, el que dictan los tribunales administrativos respecto de lo que deben decidir los jueces en el mismo distrito, o que dicta el Consejo de Estado frente a los tribunales y jueces administrativos del país.

170. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado la noción de precedente con la existencia de un caso análogo, en los siguientes términos: «Para que un caso sea análogo a otro, es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primero y los hechos del segundo, en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica en ambos casos».¹²³

171. A su turno, la Corte Constitucional ha sostenido que el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica «pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle reconocido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida»¹²⁴. Así mismo, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte precisó que la fuerza vinculante de la jurisprudencia de unificación de los órganos de cierre, proviene de los siguientes principios del Estado Social de Derecho, deseables de los sistemas jurídicos en los estados democráticos:¹²⁵

Igualdad. Obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato (art. 13 CP.), es decir, que los casos

¹²² Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 207

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman contra México, sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C Núm. 184 párrafo 170.

¹²⁴ Corte Constitucional sentencia C-811 de 2011.

¹²⁵ Corte Constitucional sentencia C- 634 de 2011.

iguales deben ser resueltos en forma semejante a como se resolvieron casos anteriores,¹²⁶ salvo que existan motivos razonables para apartarse del precedente.¹²⁷

Buena fe (art. 83 CP), entendido como la confianza legítima¹²⁸ en el respeto del acto propio¹²⁹ de las autoridades judiciales, a las cuales, «[...] les están vedadas –salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a las cuales se hará referencia más adelante– actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia [...]».¹³⁰

Seguridad jurídica¹³¹ del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones

¹²⁶ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 232

¹²⁷ La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta. Sentencia C-836 de 2001, Corte Constitucional.

¹²⁸ La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: «[...]Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. [...]» Sentencia C-478/98.

¹²⁹ En relación con la teoría del acto propio, es importante señalar que la misma tiene su origen en el principio general del derecho «*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*», en virtud del cual es inadmisibles actuar contra los actos propios hechos con anterioridad, en razón de la confianza despertada en otro sujeto de buena fe con ocasión de una primera conducta realizada. Su sustento normativo se encuentra en el artículo 83 de la Carta Política que contempla el principio de buena fe. La Corte Constitucional se ha referido a la prohibición de venirse contra el acto propio de la administración en sentencias T-475/92, T-578/94, entre otras.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, 04-03-2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120), Actor: Red de Solidaridad Social, Demandado: Aseguradora de Fianzas S.A.-CONFIANZA-

¹³¹ Este principio propugna por la identidad de interpretación en pronunciamientos frente a un mismo tema. Ver Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación: 11001-03-28-000-2016-00060-00. Chamberlain, citado por la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2008, sostiene que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, la alta corte refiere que, en últimas, «[...] todas ellas se subsumen tanto en el

judiciales en la resolución de conflictos¹³² o de coherencia de las decisiones judiciales¹³³ y «[...] por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad [...]».¹³⁴

Este principio aplica también en favor de la propia administración pública en la medida en que los operadores jurídicos, cuando planifican su actuación con relevancia jurídica, «[...] confían en que sus actos van a ser regidos y juzgados bajo el mismo parámetro de la misma norma jurídica (una misma fuente y una misma interpretación de dicha fuente), que para actos y hechos semejantes, ha sido derivada por la jurisprudencia o por precedentes en casos anteriores semejantes. [...]».¹³⁵

Interdicción de la arbitrariedad y la garantía de la imparcialidad y objetividad. En la medida en que si el juez se encuentra motivado a decidir con base en reglas normativas derivadas del precedente, pese a que en un momento dado se aparte fundadamente de este, ello permite que el ciudadano y la administración sujetos a su juicio, confíen plenamente en que aquel lo hizo dentro del marco jurídico vigente y no movido por sus propias e irracionales convicciones, o por la calidad de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso.

172. Así las cosas, uno de los aspectos más importantes del precedente es su efecto vinculante, toda vez que a través de este se materializan los derechos constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma [...]».

¹³² Véanse, entre otras, las Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.

¹³³ Todo tribunal debe ser consistente con sus decisiones previas, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles (Sentencia SU-047 de 1999 Corte Constitucional).

¹³⁴ Sentencia C-179 de 2016. Además, en la Sentencia T-775 de 2014, , se expuso que «[...] la regla de la universalidad implica que la decisión del juez debe estar fundada no en criterios coyunturales o *ad-hoc*, sino en principios generales que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se construyan para fallar un supuesto específico, pero con la posibilidad de poder aplicarlo a una hipótesis semejante en el futuro [...]» .

¹³⁵ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 231

173. Por otra parte, en la teoría del discurso de Alexy, el fundamento del valor del precedente radica en el principio de universalidad (*Universalisierbarkeitsprinzip*), el cual a su vez tiene sus orígenes en el *stare decisis* expresión que viene del latín «*stare decisis et non quieta movere*»¹³⁶. El mismo tratadista ha definido el principio de universalidad de la siguiente manera: $(x)Fx \rightarrow Orx$, es decir, una norma según la cual para toda situación similar a F se dará la consecuencia OR.

174. En tal virtud, y para efectos del cambio de precedente, Alexy planteó la regla de «la carga de argumentación» (*Argumentationslastregel*)¹³⁷, según la cual quien quiera apartarse de un precedente está obligado a justificar sus razones. Ello a fin de garantizar los principios constitucionales fundamentales de igualdad de trato ante las autoridades y seguridad jurídica.

175. La regla de universalidad contenida en la decisión es esencial en materia de vinculatoriedad del precedente, pues a través de ella, se garantizan los principios de certeza, seguridad y objetividad, y se limita la arbitrariedad de la decisión judicial, toda vez que se asegura que los jueces decidan casos similares de manera similar a como se resolvieron en el pasado. En ese sentido, para Aarnio «los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales»¹³⁸.

176. Teniendo en cuenta lo anterior, se torna indispensable señalar si los efectos de las reglas de unificación aquí contempladas serán retrospectivos o prospectivos.

¹³⁶ Estar a lo decidido y no perturbar a lo establecido.

¹³⁷ Robert Alexy «Teoría de la Argumentación Jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 335.

¹³⁸ Aulis Aarnio, «Lo racional como razonable», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 126.

177. El **efecto retrospectivo** implica «la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial»¹³⁹.

178. Por su parte, en el **efecto prospectivo** el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia».¹⁴⁰

179. En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, ha seguido el criterio de la *retrospective overruling*, con base fundamentalmente en los siguientes argumentos: «la interpretación dada por el Tribunal a un determinado precepto comunitario tiene efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor del precepto interpretado, lo que permite la invocación del nuevo criterio interpretativo a cualquier proceso en que resulte aplicable la disposición interpretada, abstracción hecha de la fecha de iniciación del proceso o de producción de los hechos enjuiciados»¹⁴¹. Lo anterior, sin perjuicio de que en la misma sentencia, el TJUE pueda establecer con carácter excepcional limitaciones a tales efectos, por virtud de motivos de seguridad jurídica y buena fe y el riesgo de trastornos graves.

180. Por su parte, en los países del *Common Law* «existe una general reticencia al *prospective overruling*¹⁴², aplicándose, con carácter general, el efecto retrospectivo –*regular retroaction*»¹⁴³. Como excepción a la regla, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que como la

¹³⁹ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 248

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Sobre estado de la cuestión en Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, ver Juratovich, B,m 2008, pp 200-208

¹⁴³ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 257

Constitución no prohíbe ni impone el *prospective overruling*, el Tribunal Supremo puede considerar, según las circunstancias del caso, la procedencia o no del efecto prospectivo.

181. A su turno, la Sala Plena de esta Corporación por regla general ha dado aplicación al cambio jurisprudencial en forma retroactiva. Y tan solo al analizar el caso de la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria de las cesantías, la Sala Plena de esta Corporación consideró que la regla jurisprudencial allí definida debía tener efectos hacia el futuro, por cuanto restringía el derecho a la administración de justicia. En dicha providencia se indicó lo siguiente¹⁴⁴:

«Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.»

182. Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han dado aplicación al cambio jurisprudencial de forma retrospectiva. Y solo en algunos casos, se determinó que la nueva regla aplicaba hacia el futuro, de manera que los casos anteriores debían definirse por los criterios vigentes. Estos son entre otros: i) en materia de comparecencia al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación a través del director ejecutivo de

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.

administración judicial o de la propia fiscalía¹⁴⁵; ii) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos¹⁴⁶.

183. Así las cosas, se concluye que la regla general es la retrospectividad de la jurisprudencia (*retrospective overruling, adjudicative retroactivity*) y que la excepción es la prospectividad (*prospective overruling*). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales.

184. Ahora bien, a efectos de definir cuándo es procedente tener en cuenta el caso «*Desist v. United States*»¹⁴⁷, donde la Corte recuerda que desde “*Linkletter*”, quedó establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retrospectivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, “recientemente reseñados en *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293”, que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos *standards*, b) el grado de confianza sobre los viejos *standards*, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos *standards*»¹⁴⁸.

185. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B¹⁴⁹, al analizar el tema, consideró que «la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería

¹⁴⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto del 25 de septiembre de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420).

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 7 de junio de 2016. Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (2015-00051).

¹⁴⁷ 394 U. S. 244 (1969). Citada por Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes».

¹⁴⁸ Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes», Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>.

¹⁴⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.

aplicarse de manera inmediata¹⁵⁰, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, el debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista jurídico». Dentro de los eventos en los cuales se planteó la posibilidad de aplicar el precedente de manera retrospectiva se encuentran los siguientes: i) cuando se restrinja el derecho de acceso a la administración de justicia; ii) cuando las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; iii) cuando lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iv) cuando el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, *de facto* y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

186. Ahora bien, en el *sub examine*, es importante anotar que la tesis aquí expuesta implica la unificación de jurisprudencia, en atención a las varias posiciones expuestas sobre la materia objeto de debate, en la cual se adopta la posición más ventajosa para los beneficiarios de los soldados muertos en combate, que es la que corresponde en aplicación del principio de especialidad, y se acompasa con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

187. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

¹⁵⁰ Esto es de manera retrospectiva.

188. De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

9. Análisis de la Sala del caso particular

9.1. Cuestión previa

189. Previo a resolver sobre los problemas jurídicos que se plantean, estima la Sala que es importante hacer algunas precisiones en relación con la situación que se presenta cuando una persona acude a la administración de justicia a reclamar un derecho pensional, pero no invoca las normas precisas que contienen el régimen que lo consagra. Lo anterior en consideración a que el fundamento jurídico que se invocó en la demanda está referido a las normas del sistema general de seguridad social, de manera que se hace necesario aclarar si ello es óbice para analizar el caso bajo la perspectiva del régimen especial del Decreto 1211 de 1990, toda vez que esa era la normativa que regía al momento de su fallecimiento, esto es, el 3 de agosto de 1998.

190. Sobre tal cuestionamiento, esta Sección¹⁵¹, en reciente sentencia de unificación, sostuvo que este es un escenario que no se puede constituir en un límite para el estudio de su caso particular a la luz de las normas que le resultan aplicables y sobre el punto extrajo la siguiente regla jurisprudencial:

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, radicación: 810012333000201400012-01 (1321-2015) CE-SUJ-SII-010-2018, Demandante: Pastora Ochoa Osorio.

«En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.»

191. Lo anterior implica que el juez de lo contencioso administrativo, cuando conoce de un caso en materia pensional, está habilitado para aplicar la norma contentiva del régimen que considere aplicable, sin que el principio de la justicia rogada sea un obstáculo para ello.

192. De esta manera, el hecho de que en la demanda se haya invocado la Ley 100 de 1993 no impide que esta corporación efectúe el estudio bajo las disposiciones contenidas en el régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta la regla anunciada.

193. Adicionalmente, es pertinente aclarar que no se vulnera el debido proceso de la entidad apelante, puesto que tanto en sede administrativa como en la judicial, lo pretendido por los demandantes consiste en el reconocimiento de una pensión de sobreviviente por la muerte en combate de su hijo, el soldado voluntario Ever Alonso Correa Campo, prestación que no está contenida en el Decreto 2728 de 1968.

194. Así se desprende de las pretensiones del libelo introductor al solicitar: «3.1 El reconocimiento y pago de la prestación económica de pensión de sobrevivencia. 3.2 Las mesadas pensionales atrasadas, adicionales y actualizadas contadas desde el 03 de agosto de 1998 y hacia futuro. [...]»¹⁵²; del escrito de petición inicial presentado a la entidad al requerir: «Se reconozca y pague a los Señores Dora Alicia Campo De Correa y Luis Ángel Correa Quintero [...], la prestación económica de Pensión de sobrevivientes, causada con ocasión de la

¹⁵² Folio 3.

muerte de su hijo Ever Alonso Correa Campo, sus mesadas pensionales atrasadas y actualizadas [...]»¹⁵³.

9.2. Problemas jurídicos

195. Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Los demandantes, en su calidad de madre y padre del soldado voluntario Ever Alonso Correa Campo, ascendido de forma póstuma al grado de cabo segundo, quién falleció en combate el 3 de agosto de 1998, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que no está prevista en el Decreto 2728 de 1968 que contiene el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los soldados y grumetes de las Fuerzas Militares?

196. En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva se deberá establecer:

2. ¿Se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Ever Alonso Correa Campo en los términos del Decreto 2728 de 1968?

197. En caso de que el régimen aplicable sea distinto al contenido en la Ley 100 de 1993, se deberá verificar:

3. ¿Si la liquidación de la pensión de sobrevivientes con el régimen aplicable es mayor a la que le hubiera correspondido con la liquidación de la Ley 100 de 1993, se vulneraría el principio de la *non reformatio in pejus* teniendo en cuenta que la entidad es apelante único?

¹⁵³ Folio 70.

9.3. Primero, segundo y tercer problemas jurídicos

198. Frente al primer problema jurídico, la Sala sostiene la siguiente tesis: Los señores Dora Alicia Campo de Correa y Luis Angel Correa Quintero tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 189, literal d.), del Decreto 1211 de 1990, con base en las razones que proceden a explicarse.

199. En el presente caso se tiene probado lo siguiente:

1.- De acuerdo con la certificación de la Notaría Única del Circuito de Cañasgordas, Antioquia, en el Libro de Registro Civil de nacimientos, folio 1-0522404, Ever Alonso Correa Campo es hijo de Luis Ángel Correa y Dora Alicia Campo¹⁵⁴.

2.- Conforme la parte motiva de las Resoluciones 1663 del 12 de mayo de 1999 y 5383 del 27 de julio de 2012, expedidas por el director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y por la directora administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente, el soldado voluntario Ever Alfonso Correa Campos fue dado de alta el 17 de enero de 1997 y de baja el 3 de agosto de 1998 (ff. 13 y 21).

3.- En el folio 78 reposa el informe administrativo por muerte 0031 expedido por el comandante del Batallón de Contraguerrilla 42, en el cual se indica:

«[...] Teniendo como Base el informe rendido por el señor SS. ASMAZA CUPACAN CARLOS ALBERTO Comandante de La Contraguerrilla Siria, el día 04 de Agosto de Agosto (sic) de 1.998 el SLV. CORRERA

¹⁵⁴ Folio 80.

CAMPOS EVER ALOSNSO CM. 89002942, quien era orgánico de esta Unidad desde el 14-Marzo-95.

Mencionado(sic) Soldado Voluntario se encontraba en operaciones de registro, control y apoyo en el área del Municipio de San Carlos Hidroeléctricas de Calderas, al mando del SS. ASMAZA CUPACAN CARLOS ALBERTO, el día 04-Agosto-98 se encontraban descansando en el vivac de la Contraguerrilla, siendo aproximadamente las 21:30 horas fueron atacados por subversivos del Noveno frente de las ONT FARC, recibiendo esquirlas de granadas en todo el cuerpo, causándole la muerte en forma instantánea por SHOCK TRAUMÁTICO.

Por lo antes expuesto y analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos el suscrito Mayor del Batallón de Contraguerrillas No 42 "HEROES DE BARBACOAS" conceptúa que (sic) el Extinto SLV. CORREA CAMPO EVER ALONSO CM. 89002942 que de acuerdo al Decreto 2728/68 Art. 68, fue muerto en combate.»

4.- Se allegó certificado de la Notaría Única del Circuito de San Carlos en el que consta la muerte violenta de Ever Alonso Correa Campo, el 3 de agosto de 1998 (f. 79).

5.- Se aportó acta de recepción de declaraciones juramentadas de fecha 20 de agosto de 1998 ante el notario único del Círculo de Cañasgordas, Antioquia, en el que los señores Luis Ángel Correa y Dora Alicia Campo de Correa manifestaron que eran los legítimos padres de Ever Alonso Correa, que murió en el municipio de San Carlos del mismo departamento y «Que el mencionado hijo fallecido, era quien velaba por la subsistencia de los comparecientes, ya que éstos no tienen ingresos de ninguna clase» (f. 86).

6.- Mediante Resolución 01663 del 12 de mayo de 1999 expedida por el director de Prestaciones Sociales y el subjeefe de Estado Mayor del Ejército Nacional (f. 90) se le reconoció a los señores Luis Ángel Correa Quintero y Dora Alicia Campo de Correa en proporción del 50% para cada uno, las

siguientes prestaciones sociales con ocasión de la muerte del soldado voluntario Ever Alonso Correa Campo (q.e.p.d.):

«[...] Artículo 1.- Reconocer y ordenar el pago con cargo al presupuesto del Ejército Nacional, la suma de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE., (\$25,764.696.00) por los siguientes conceptos:

- a) Cesantías Definitiva(sic) doble: DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE., (2,865.744.00).
- b) Compensación por muerte. VEINTIDOS MILLONES NOVECIENTOS UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE., (22,907.952.00)[...]»

7.- A través de la petición presentada el 30 de marzo de 2012, los demandantes por medio de apoderada, solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiarios del fallecido soldado Ever Alonso Correa Campo (f. 39).

8.- Esta petición fue denegada por la entidad demandada mediante la Resolución 5383 del 27 de julio de 2012 (ff. 95 a 97) con base en los siguientes argumentos:

«[...] Que la Ley 131 de 1985, en concordancia con el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, normas de carácter especial, de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos, consagra: “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 el 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 al pago doble de la cesantía.

Que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004, consagra: “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 previsto en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previsto en el presente artículo, se entiendes como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 07 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto”, (subrayado y negrilla fuera del texto)

Que teniendo en cuenta las normas antes citadas, se puede concluir en forma clara, que por el fallecimiento del Cabo Segundo (póstumo) CORREA CAMPOS EVER ALFONSO, no se generó el derecho a pensión a favor de LUIS ANGEL CORREA QUINTERO y DORA ALICIA CAMPO, toda vez que su fallecimiento ocurrió el 13 de agosto de 1998[...]

9.- Formato de prestaciones sociales por muerte de personal soltero, suscrito por los padres del señor Correa Campo, en el que se indica que aquel era soltero y que no tuvo hijos «extramatrimoniales» (f. 85).

10.- En las declaraciones recibidas en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 20 de enero de 2014, se registran las siguientes manifestaciones en relación con la dependencia económica de los actores frente a su hijo:

- Interrogatorio de parte

(i) Dora Alicia Campo de Correa: Indicó que es ama de casa, que tuvo en total 8 hijos y que antes del fallecimiento de su hijo Ever Alonso era él quien sufragaba los gastos del hogar, pues su esposo laboraba como jornalero y sus ingresos son ocasionales, situación que se mantiene hasta la actualidad y no recibe ayuda de sus otros hijos pues ninguno tiene la posibilidad de hacerlo.

(ii) Luis Ángel Correa Quintero: Sostuvo que su hijo Ever Alonso no tuvo hijos ni esposa, que su sustento lo devenga de su labor en una «tierrita» y de trabajos ocasionales que consigue, en relación con sus ingresos textualmente señaló: «Digamos que subiría al mes \$100.000 cien mil pesos, siempre y cuando haya café. Preguntado: Manifieste cuantos(sic) son sus gastos mensuales y los de su señora: Responde: Mensualmente así de tienda 150.000 o 200.000 fuera de la legumbre y la carne. Pregunta: Si se gana 100.000 y gasta 150.000 esa diferencia como la compensa. Responde: Me toca hacer préstamo que pagaría con la cosecha. La cosecha viene a ser cada 7 meses y son por ahí 2 meses de café.[...]».

- Testimonios

(i) María Victoria Correa, quien convive con uno de los hijos de los demandantes y conoció al señor Ever Alonso, manifestó: «usted sabe de qué derivaban el sustento los demandantes: Contestó: Económicamente dependían de él y don Luis dependía del jornal que le resultaba de vez en cuando. Preguntado: Para cuando falleció Ever Alonso de qué devengaba su sustento los demandantes? Responde: Del jornalito y la gente del pueblo les colaboraba con mercado. Preguntado: Qué actividad económica desarrollaba doña Dora Alicia y don Luis? Responde Doña Alicia es ama de casa y don Luis jornalero. Preguntado: Porque(sic) le consta que ellos dependía económicamente de Ever Alonso? Porque(sic) él cada mes les hacía llegar la mesada para que ellos pudieran ir a merchar al pueblo. Preguntado: Usted sabe si Ever Alonso tenía compañera o hijos? Responde (sic) No tenía hijos, no sé si tenía esposa.[...]» (f. 110 y 108 CD.).

(ii) Marta Ligia Montoya de Quiceno, quien conoce a los demandantes porque uno de sus hijos estuvo casado con una de las hijas del matrimonio Correa Campo: «Preguntado: de quién dependían la señora Dora Alicia y don Luis? Dependían de él y él se fue al Ejército para poderlos ayudar. Preguntado: Porqué asegura que doña Alicia y don Luis dependían de Ever Alonso: Contestó: Porque yo los visitaba cada 8 días y cuando iba a pasear nos encontrábamos en el pueblo para ir a merchar y soy sabedora de que él los ayudaba. Preguntado: De qué derivaban el sustento don Luis y doña Alicia una vez fallecido Ever Alonso? Responde: Del jornal que le daban una que otra vez y las ayudas de las buenas personas.[...]»

(iii) John Alexander Gaviria Borja que convive con una de las hijas de los demandantes, indicó que conoce a los hijos de los esposos Correa Campo, además que «Dependían económicamente de Ever Alonso. Preguntado: Qué hacía don Luis? Responde: mendigar que le dieran un día de trabajo. Preguntado: Qué hacía para entonces doña Dora? Ama de casa. Preguntado: Por qué le consta que doña Dora y don Luis dependían económicamente de Ever Alonso: Contestó Porque le mandaban la plata y yo le preguntaba y decía que sí que ha (sic) había llegado y él iba fiaba y cuando llegaba la plata él iba y pagaba. Preguntado: con qué frecuencia era el envío de plata? Era una obligación como del esposo con la esposa.[...]» (ff. 112)

- **Régimen aplicable**

200. Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios y los soldados profesionales** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002¹⁵⁵, 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el Decreto 1211 de 1990, por ser el régimen especial vigente a la fecha de su fallecimiento y el que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

201. De lo anterior se colige que, en el presente caso y, en virtud de los principios de especialidad, protectorio, *pro homine*, igualdad y justicia, es procedente inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con fundamento

¹⁵⁵ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

en el artículo 4 de la Constitución Política¹⁵⁶, en cuanto no señala el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados voluntarios muertos en combate para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185 de la misma que dispone «d.) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.[...] », en porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 189, literal d.) *ibidem*, en cuanto prevé: «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 [...]»,

Verificación de requisitos

- Muerte en combate

202. En el plenario se encuentra acreditado con el informe administrativo por muerte 0031, expedido por el comandante del Batallón de Contraguerrilla 42, que Ever Alonso Correa Campos falleció en combate (f. 78).

- Condición de beneficiarios

¹⁵⁶ Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

203. De acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada se tiene que los señores Dora Alicia Campo de Correa y Luis Ángel Correa Quintero acreditaron ser los padres del señor Ever Alonso Correa Campos, con la certificación del registro civil de nacimiento (f. 72) quien estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 3 años, 1 mes y 6 días, condición que los habilita como beneficiarios de las prestaciones por muerte de su fallecido hijo.

- Ausencia de otros beneficiarios

204. De conformidad con el documento que obra en el folio 85, lo indicado en el interrogatorio de parte y los testimonios, el señor Ever Alonso Correa Campos no tuvo hijos, no contrajo matrimonio ni tenía compañera permanente, información que no controvirtió la parte demandada.

205. Ahora bien, en relación con la dependencia económica de los beneficiarios frente al causante, aspecto que cuestiona la parte demandada es pertinente señalar que este no se constituye en una exigencia incluida en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de prestaciones por muerte en combate, no obstante, frente al particular es oportuno hacer las siguientes precisiones:

206. La Sección Segunda de esta Corporación¹⁵⁷ entendió la dependencia económica «[...] como aquella situación de subordinación a que se halla sujeta una persona respecto de otra en relación con su “modus vivendi”. Relación de dependencia dentro de la cual deberá observarse, por parte del beneficiado o amparado, una conducta sensata, eso sí, acorde con la dignidad humana pero desprendida de ostentación o suntuosidad alguna. [...]».

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 22 de noviembre de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2006-03456-01 (0448-2012), Actor: Piedad del Socorro Mejía González.

207. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 señaló: «[...]: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas».

208. En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

209. En el asunto bajo estudio la apoderada del Ministerio de Defensa cuestiona la dependencia económica que tenían los demandantes respecto de su hijo, al considerar que han transcurrido más de 17 años desde el fallecimiento del causante durante los cuales no han recibido ayuda económica de su fallecido hijo.

210. En relación con dicho aspecto, en primer lugar, es necesario precisar que el hecho del paso del tiempo, luego de la muerte del causante, no implica que en vida no hubiere sido el soporte económico de su hogar, del cual, lógicamente, se vieron privados luego de su deceso, situación que como antes se dejó claro es precisamente la que pretende amparar la prestación en discusión.

211. En segundo lugar, se advierte que el requisito de dependencia se encuentra plenamente acreditado con la prueba documental que obra en el folio 86 y con los testimonios de las personas que los conocen desde antes de la muerte de Ever Alfonso Correa Campo y que afirmaron de manera coincidente que él era el soporte económico de sus padres, pruebas que no fueron controvertidas por la demandada, empero, como se dijo, tal exigencia

no resulta trascendencia para el reconocimiento pensional en los términos del Decreto 1211 de 1990.

Salario base de liquidación

212. En consecuencia, dado que el señor Ever Alonso Correa Campo prestó sus servicios al Ejército Nacional, por un lapso inferior a 12 años, la liquidación de la mesada, en aplicación del Decreto 1211 de 1990, artículo 189, debe realizarse teniendo como base los haberes correspondientes al grado conferido, esto es de cabo segundo, sobre el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 de la misma normativa, que textualmente prescribe:

«ARTICULO 158. 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 liquidará 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.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.»

213. De acuerdo con lo anterior, debe tenerse en cuenta que según la Resolución 001663 del 12 de 1999, los haberes que corresponden al grado de cabo segundo son: Sueldo básico (\$382976.00), prima de actividad (\$57446.00) y una doceava de la prima de navidad (\$36702), valores que deberán ser indexados.

214. Ahora bien, como quiera que ya se encuentran establecidos los criterios para la liquidación de la prestación en comento, es necesario verificar si tal medida resulta más desfavorable al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Ello, en atención a que el artículo 328 del Código General del Proceso impone al juez de segunda instancia la limitación de hacer más desventajosa la situación del apelante único.

215. Para lo anterior, se observa que la liquidación de la pensión con base en el régimen general, se liquida de acuerdo a lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 en el artículo 48, que ordena que sea equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, el cual según lo dispuesto por el artículo 21 *ibidem* corresponde al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», es decir, que se debe tener en cuenta la asignación salarial que devengaba un soldado voluntario, que para lo que interesa al presente caso será el sueldo básico (\$326122.00) y la prima de antigüedad (\$63593.79), certificados en el folio 88 del expediente.

216. En esas condiciones, es evidente la diferencia entre una y otra mesadas, pues resulta más elevada la liquidada conforme el régimen especial. No obstante, dada la condición de apelante único del Ministerio de

Defensa, Ejército Nacional, no es viable modificar la decisión del *a quo* en este sentido sin desconocer la limitante impuesta por el principio de la *non reformatio in pejus*.

Prescripción

217. Adicionalmente, en lo que se refiere al término de prescripción, debe decirse que al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el cual como se dijo, debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales es **el cuatrienal**, de acuerdo con lo previsto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares»

218. Lo expuesto en precedencia implica que el reconocimiento debería tener efectos a partir del 29 de marzo de 2008 por prescripción cuatrienal, no obstante, dado que en el *sub examine* el apelante único es el Ministerio de Defensa, una modificación de la decisión en tal sentido, vulneraría el principio de la *non reformatio in pejus*.

Descuentos

219. De otra parte, no se ordenará descuento alguno por concepto de compensación y cesantías dobles, comoquiera que no existe incompatibilidad entre las prestaciones por muerte en combate reconocidas en la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 y las que se ordena reconocer en virtud del Decreto 1211 de 1990, sino que contrario a ello, se presenta identidad entre aquellas. Tal como se explicó en las reglas de unificación, al señalarse que por tratarse de una muerte en combate, y de la aplicación del régimen propio de las Fuerzas Militares y no el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, no es dable la realización de los descuentos.

220. Sin embargo, como la sentencia de primera instancia no se pronunció en relación con los descuentos tampoco hay lugar a efectuar una declaración en tal sentido.

En conclusión:

221. Los demandantes, en su calidad de madre y padre del soldado voluntario Ever Alonso Correa Campo, ascendido de forma póstuma al grado de cabo segundo, quien falleció en combate el 3 de agosto de 1998, tienen derecho, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente prevista en el régimen contenido en el Decreto 1112 de 1990, en aplicación del principio de especialidad, en armonía con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral, en consideración a que acreditaron los requisitos establecidos por este. Tal prestación se reconocerá a partir del 29 de marzo de 2009 por prescripción trienal, para no hacer más desfavorable la situación del apelante único.

222. La liquidación de la pensión de sobrevivientes con el régimen especial aplicable para el reconocimiento pensional de los señores Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, en calidad de beneficiarios del señor

Ever Alonso Correa Campo, es mayor a la que le hubiera correspondido con la liquidación de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no es viable modificar la orden impartida en la sentencia de primera instancia, en atención a que resulta desfavorable para la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

223. De otra parte, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes no se debe ordenar el descuento de lo pagados por la entidad demandada por virtud de la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Ever Alonso Correa Campo, en los términos del Decreto 2728 de 1968, toda vez que las prestaciones que concede dicha normativa guardan identidad con las que contiene el Decreto 1211 de 1990, excepto por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. En efecto, recuérdese que por tratarse de la muerte en combate de un soldado voluntario se da aplicación al régimen especial de las Fuerzas Militares y no al régimen general de la Ley 100 de 1993, por lo que no es dable predicar la incompatibilidad de las prestaciones.

10. Extensión de la decisión que aquí se adopta

224. El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad garantizar en el ámbito administrativo el principio de igualdad, por tal razón consagra el deber de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia a situaciones que tengan similares supuestos fácticos y jurídicos. Por su parte, y en consonancia con el aludido principio, el artículo 102 *ibidem* establece que es obligación de las autoridades extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos.

225. A su turno, el artículo 270 *eiusdem* señaló que son sentencias de unificación jurisprudencial las siguientes: i) las que profiera el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, esto es, las dictadas en virtud del artículo 271; ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y; iii) las relativas

al mecanismo eventual de revisión previstas en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

226. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de unificar jurisprudencia, causal prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y que además en ella se reconoce un derecho, la presente sentencia de unificación jurisprudencial es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica.

227. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate, la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 189, literal d.) del Decreto 1211 de 1990, o 184, literal d) del Decreto 95 de 1989, según la fecha del deceso, siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos por el régimen general para efectos del reconocimiento de dicha prestación, esto es, acreditar el parentesco con el causante. El reconocimiento de tal prestación se sujetará a las siguientes reglas:

- 1) Deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 o el del Decreto 95 de 1989, según la fecha de fallecimiento.
- 2) Para efectos de calcular el monto de la pensión habrá de tener en cuenta los haberes correspondientes al grado conferido como consecuencia del ascenso póstumo.
- 3) El ingreso base de liquidación deberá establecerse conforme las partidas computables previstas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 o las del artículo 153 del Decreto 95 de 1989.
- 4) No deberá efectuar descuento alguno por concepto de la compensación por muerte que hubiere recibido de conformidad con las reglas de unificación señaladas en esta providencia.

Decisión de segunda instancia

228. Por las razones que anteceden se confirmará la sentencia de primera instancia, proferida el 21 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes.

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

FALLA

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

- Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002¹⁵⁸, 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios

¹⁵⁸ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

- Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.
- Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002¹⁵⁹, 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, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990).

Segundo: Confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 21 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la

¹⁵⁹ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Quinto: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

RAFAEL SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ