

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)CE-SUJ2-010-18

Actor: PASTORA OCHOA OSORIO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE PERSONAS VINCULADAS A LAS FUERZAS MILITARES EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, QUE FALLEZCAN SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD Y CON POSTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993/ 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. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. LEY 1437 DE 2011

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA

SENTENCIA CE-SUJ-SII-010-2018

SUJ-010-S2

I. ASUNTO¹

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo², con fundamento en los artículos 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13A ordinal 2.º del Reglamento del Consejo de Estado, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión Oral.

¹ Los párrafos se enumeran en consecutivo para facilitar la consulta y cita de la sentencia.

² Ordinal 1.º del artículo 237 de la Constitución Política.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2. La señora Pastora Ochoa Osorio 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, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

2.1.1 Pretensiones³

a. Declarar la nulidad de las Resoluciones 1561 del 26 de abril de 2012 y 6087 del 15 de agosto de 2012, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa Nacional negó la pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Pastora Ochoa Osorio, en su calidad de madre del soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, fallecido en simple actividad.

b. En consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Pastora Ochoa Osorio.

c. Igualmente, solicitó la indexación de las sumas reconocidas a su favor y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes que se extraen de la demanda y de los documentos aportados con esta⁴:

2.1.2. Fundamentos fácticos

a. El señor Jorge Luis Meléndez Ochoa se vinculó al Ejército Nacional en

³ Folio 2.

⁴ Folios 1 y siguientes.

calidad de **soldado regular**, en cumplimiento del deber de prestar el servicio militar obligatorio, desde el 11 de enero de 2005 hasta el 6 de julio de 2006, cuando ocurrió su fallecimiento.

b. El Ejército Nacional calificó la muerte del señor Jorge Luis Meléndez Ochoa como simplemente en actividad, razón por la cual mediante la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 expedida por el jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, se le liquidaron las prestaciones sociales en calidad de soldado regular.

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

d. El 13 de julio de 2011, la señora Pastora Ochoa Osorio solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada por medio de la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012, expedida por la directora Administrativa y la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, con fundamento en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, en consideración a que no se causó el derecho a tal prestación. Esta decisión fue confirmada a través de la Resolución 6087 del 15 de agosto de 2012 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior.

e. El señor Jorge Luis Meléndez Ochoa, en vida, no contrajo matrimonio o convivió de forma permanente e ininterrumpida con pareja alguna. Tampoco tuvo hijos y vivió con sus padres.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

3. 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 prueba⁵. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, así como de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan

⁵ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

las controversias que regirán el litigio.

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

5. En primer término, se difirió la decisión de las excepciones que se formularon, para el momento de resolver de fondo la controversia, ya que no tenían el carácter de previas. Igualmente, no encontró configuradas otras excepciones que por su naturaleza debieran resolverse en este momento procesal⁶.

6. Por su parte, la fijación del litigio⁷ se realizó en los siguientes términos:

Hechos relevantes según la fijación del litigio⁸

7. De conformidad con la demanda y con su contestación, los hechos relevantes probados en el expediente según la fijación del litigio son los siguientes:

«1.- Que la demandante es la madre del SLR Jorge Luis Meléndez Ochoa, quien prestó su servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional de Colombia desde el 11 de enero de 2005, con un tiempo de servicio prestado de 01 año, 10 meses y trece días hasta el 06 de julio de 2006. (fls. 106, 112)

2.- Que el 06 de julio de 2006 fue dado de baja del Ejército Nacional por muerte en actividad, ocurrido en la vereda San Rafael del municipio de Arauquita (Arauca). (fls. 24, 25, 108, 110).

3.- Que mediante resolución (sic) N° (sic) 62989 del 16 de marzo de 2007 se reconoció y ordenó el pago por concepto de compensación por muerte por un valor de \$16.299.600 a favor de sus padres equivalente al 50% a cada uno del valor reconocido. (fls. 159 y 160).

⁶ Folio 182 y CD que obra en el folio 186 del cuaderno principal.

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 Folios 182 y CD que obra en el folio 186 del cuaderno principal.

4.- Que mediante resolución (sic) 1561 del 26 de abril de 2012, el Ejército Nacional, resolvió la solicitud de pensión por muerte, declarando que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por este concepto de pensión mensual con ocasión al deceso del soldado Regular(sic) del Ejército Nacional, Jorge Luis Meléndez Ochoa, y por medio de la resolución(sic) N°(sic) 6087 del 15 de agosto de 2012, el Ejército Nacional resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución(sic) 1561, confirmando en todas sus partes el contenido de la resolución recurrida. (fls. 17-20).»

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] Se debe determinar si el Ejército Nacional debe aplicar el régimen pensional de los miembros de las fuerzas militares, para el presente caso es decir el decreto 1211 de 1990 a favor de la beneficiaria del soldado Jorge Luis Meléndez Ochoa, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, inaplicando el Decreto 2728 de 1968.»

III. SENTENCIA APELADA⁹

8. El Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión Oral, profirió sentencia escrita el 27 de noviembre de 2014, en la cual denegó las pretensiones de la demandante.

9. En síntesis, el Tribunal hizo una relación de los medios probatorios allegados al expediente e indicó que según el informativo administrativo, el soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa falleció el 6 de julio de 2006 por «muerte simplemente en actividad».

10. Así las cosas, señaló que en el presente asunto se cumplen los

⁹ Folios 199 a 214.

presupuestos de que trata el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, para ser beneficiarios de una compensación equivalente a 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo tuviera derecho un cabo segundo o marinero, la cual le fue efectivamente concedida a través de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007.

11. De igual manera, precisó que la normativa que regula la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere durante la prestación del servicio militar obligatorio, es la contenida en los artículos 1 de la Ley 447 de 1998 y 34 del Decreto 4433 de 2004, los cuales exigen que tal fallecimiento se presente: i) en combate o como consecuencia de la acción del enemigo; ii) en conflicto internacional; o iii) participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

12. Por otra parte, aclaró que el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 prevé una serie de prestaciones para los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en combate, y además que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha admitido la extensión de tal beneficio en el caso de los soldados regulares, cuando el derecho a la prestación se consolide con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 447 del 21 de julio de 1998¹⁰.

13. Por tanto, estimó que como el soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa (q.e.p.d.) no falleció bajo ninguna de las circunstancias descritas en la Ley 447 de 1998, es claro que la demandante no tiene derecho a la pensión solicitada.

14. Adicionalmente, expuso que no es posible inaplicar la normativa especial que regula la pensión de sobrevivientes del personal de las Fuerzas Militares que presta el servicio militar obligatorio, en la medida en que ella no lesiona los derechos fundamentales de estos servidores, sino que limita el derecho a las causales establecidas por las disposiciones correspondientes, lo que hace parte de la libertad de configuración legislativa propia de las labores realizadas por el Congreso de la República.

15. Por último, señaló que no resulta viable aplicar normas más beneficiosas del régimen pensional de las Fuerzas Militares, junto con las disposiciones

¹⁰ Al efecto citó la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2008, radicación: 050012331000200001274-01(8626-05), actor: Hernando de Jesús Olarte y otra.

especiales de las personas que prestan servicio militar obligatorio, toda vez que esto atentaría contra el principio de inescindibilidad pensional, que prohíbe al intérprete crear regímenes distintos a los determinados por la ley en materia de seguridad social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN¹¹

16. El apoderado de la demandante solicitó se revoque la sentencia apelada por considerar que se vulnera el derecho a la igualdad de la señora Pastora Ochoa Osorio, no solo frente a los beneficiarios del régimen especial sino respecto a los de la norma general, toda vez que no existe justificación para que a los beneficiarios de los soldados regulares que prestan sus servicios a la Fuerza Pública y fallezcan en desarrollo de su labor no les sea reconocida la pensión de sobreviviente por el hecho de ser calificada su muerte *simplemente en actividad*. Ello dada la finalidad de la prestación.

17. Por tanto, solicitó inaplicar el artículo 1 de la Ley 447 de 1998, norma que limita, sin justa causa, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los soldados muertos en actos propios del servicio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

18. Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, tal como se observa en la constancia secretarial visible en el folio 253 del expediente.

19. **Concepto del Ministerio Público:** No rindió concepto en esta oportunidad procesal¹².

¹¹ Folios 226 y 227

¹² Folio 253.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

20. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

21. 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 2011¹⁴, en armonía con lo señalado en los artículos 13A¹⁵ y 14¹⁶ del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999).

¹³ 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.

¹⁴ 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 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.

¹⁵ «[...] 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.

[...]»

¹⁶ «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. [...]»

22. Ahora bien, tal y como se indicó en el auto del 1 de febrero de 2018¹⁷, en el presente asunto se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para proferir una sentencia de unificación por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en razón a la necesidad de sentar jurisprudencia en relación con el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos simplemente en actividad, situación específica para la cual no se identifica una norma que decrete expresamente tal prestación, igualmente, para establecer la compatibilidad de esta con las que se hubieren reconocido por la muerte del causante, con la finalidad de verificar si son procedentes los descuentos o no de las sumas que eventualmente debería reconocer la administración por la pensión de sobrevivientes.

23. En efecto, revisados los antecedentes sobre este aspecto, se evidencia que en las providencias en las que se ha discutido sobre los derechos que les asisten a los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares muertos durante la prestación del servicio militar obligatorio, el fallecimiento ha ocurrido en combate¹⁸ o en actos propios del servicio¹⁹, pero no se ha debatido lo propio cuando tiene la calificación de simplemente en actividad.

24. Adicionalmente, la Sala estima imperioso estudiar lo pertinente al principio de justicia rogada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia pensional, para analizar su vigencia y efectos a la luz de los postulados constitucionales que deben orientar la función administrativa y judicial.

25. Sobre la trascendencia de las sentencias de unificación entendidas bajo los parámetros del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 es necesario destacar que estas abren la posibilidad de dar aplicación a lo regulado por los artículos 102²⁰ y

¹⁷ Por medio del cual la Sala Plena de la Sección Segunda avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia de unificación de jurisprudencia.

¹⁸ Al respecto se pueden ver las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, del 30 de octubre de 2008, radicación: 050012331000200001274 01(8626-05), Actor: Hernando de Jesús Olarte y otra; del 18 de febrero de 2016, radicación: 660012333000201200060 01(2681-13), Actor: María Elena Cabal de Valencia; del 26 de enero de 2017, radicación: 680012333000201400278 01(2801-15), Actor: Ligia Sánchez de Contreras y Alonso Contreras Gómez.

¹⁹ Ver las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B del 21 de noviembre de 2013, radicación: 250002325000201000302 01(2061-13), Actor: José Francisco Paez Paez y otro, y de la Subsección A, sentencia del 16 de febrero de 2017, radicación: 470012333000201300006 01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera.

²⁰ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES.

Las autoridades deberán 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 fácticos y jurídicos. (Inciso CONDICIONALMENTE exequible en sentencia C-816-11)

269²¹ *ibidem*, como un medio más expedito que un proceso judicial propiamente dicho, para lograr que la administración aplique las fuentes formales del derecho de manera uniforme, según lo previsto por el artículo 10 *ibidem*, cuando dispone:

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Inciso CONDICIONALMENTE exequible en sentencia C-816-11)

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

²¹ ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

(Inciso modificado por del artículo 616 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:) Del escrito se dará traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren. La administración y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán oponerse por las mismas razones a las que se refiere el artículo 102 de este código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudarán el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

«Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.»²²

26. En ese orden, la Sala considera necesario adoptar una posición clara sobre el tema, con el propósito de fijar una regla aplicable a los casos que se encuentren en similar situación fáctica, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el tema, para luego resolver los problemas jurídicos correspondientes al caso objeto del recurso de alzada.

27. Para tales efectos, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: i) principio de justicia rogada y derechos mínimos e irrenunciables; ii) El objeto de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la efectividad de los derechos (art. 103 Ley 1437 de 2011); iii) la pensión de sobrevivientes; iv) servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares; v) las prestaciones por muerte de los miembros de las Fuerzas Militares que prestan el servicio militar obligatorio; vi) principios protectorio en materia laboral, de favorabilidad, *pro homine*, igualdad e inescindibilidad; vii) determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los conscriptos de las Fuerzas Militares muertos simplemente en actividad; viii) compatibilidad de las prestaciones sociales reconocidas en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de los descuentos; ix) término de prescripción aplicable; x) recapitulación de las reglas de unificación; xi) efectos en el tiempo de las reglas fijadas.

1.1.1. Principio de justicia rogada y derechos mínimos e irrenunciables

²² Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, «en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.»

28. En primer término, la Sala considera necesario estudiar 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. La tesis que se sostendrá es 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, por las razones que pasan a explicarse:

1.1.1.1. Justicia rogada y su flexibilización

29. Sobre este aspecto, es importante destacar que la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, moduló los efectos del ordinal 4.º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. En tal decisión de exequibilidad condicionada señaló: «cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución».

30. En la *ratio decidendi* de dicha providencia, la Corte precisó que la exigencia del concepto de la violación no debe extremarse en su aplicación, al punto de que un excesivo rigorismo procesal atente contra el principio de prevalencia del derecho sustancial, por mandato del artículo 228 de la Constitución Política. Así las cosas, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido sea fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación sea insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad²³.

31. El criterio expuesto en el pronunciamiento en comento determinó el cambio de la concepción de la llamada *justicia rogada*, derivada del ordinal 4.º del artículo 137 y del 138 del Código Contencioso Administrativo, que circunscribían el control judicial dentro de la acción de nulidad a los cargos que se formularan de forma precisa por la parte demandante, sin que al juez de lo contencioso administrativo

²³ Corte Constitucional, sentencia C- 197 de 1999.

le estuviera dado excederse de tal marco, y dio una posición garante al principio de tutela judicial efectiva consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 8²⁴ (garantías procesales) y 25.1²⁵ (protección judicial).

32. Frente al punto es importante anotar que si bien la sentencia C-197 de 1999 declaró la exequibilidad condicionada del ordinal 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, tal prescripción normativa se reprodujo en su integridad en el ordinal 4.º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, como pasa a evidenciarse:

Decreto 01 de 1984 (CCA)	Ley 1437 de 2011 (CPACA)
ARTÍCULO 137. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: [...] 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación	ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: [...] 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

33. De manera que el ordinal 4.º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 no

²⁴ 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁵ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

puede ser ajeno a la interpretación constitucionalmente válida, toda vez que ambas disposiciones contienen idéntica regla jurídica y el parámetro de validez (la Constitución Política de 1991) no ha cambiado.

34. Igualmente y respecto del recurso efectivo que consagra el artículo 25.1, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que debe entenderse como el derecho humano a la protección judicial efectiva. Frente al punto sostuvo «el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención»²⁶. Tal posición ha sido reiterada desde entonces por esa Corte²⁷.

35. En ese sentido, consideró que la efectividad supone que además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes²⁸.

36. De acuerdo con los pronunciamientos invocados, esta Corporación en oportunidad anterior arribó a la siguiente conclusión: «los artículos 8 y 25.1 de la Convención Americana, consagran la tutela judicial efectiva, según la cual toda persona tiene derecho a: i) un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo e idóneo; ii) ante los jueces o tribunales; iii) que las proteja contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley o en la Convención Americana y; iv) que tal recurso no solo debe ser efectivo para constatar la violación, sino también para remediarla.»²⁹

37. En adición a lo anterior, conviene anotar que el principio de la jurisdicción rogada tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos en los términos indicados por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, pero debe precisarse que aquel no puede entenderse como absoluto en esta jurisdicción y menos aún en materia laboral, especialidad dentro de la cual se

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997.

²⁷ En sentencia del 29 de septiembre de 1999 proferida en el caso Cesti Hurtado vs Perú, la Corte afirmó que «para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad».

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay, sentencia del 13 de octubre de 2011.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU).

conciben derechos mínimos e irrenunciables, que obligan al juez a dar aplicación a normas superiores, tal y como sucede cuando se acude a las excepciones de convencionalidad³⁰, inconstitucionalidad³¹, de ilegalidad³², como tampoco si se está en presencia de eventos como el descrito en la sentencia C-197 de 1999, la cual prevé la obligación del juez contencioso administrativo de atender la norma constitucional cuando se encuentre frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata³³ o cuando debe decidir de oficio sobre excepciones previas³⁴ o de fondo, solo para señalar algunas excepciones que se pueden presentar al carácter restrictivo del marco impuesto por los argumentos de las partes.

1.1.1.2. El objeto de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la efectividad de los derechos (art. 103 Ley 1437 de 2011)

38. De acuerdo con la flexibilización de la justicia contenciosa administrativa y el objeto y principios que la inspiran³⁵, debe atenderse de manera especial el hecho de que el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 define que el objeto de los

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. «[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.»

³¹ Derivado de la aplicación del artículo 4 de la Carta Política.

³² Ver C-037 de 2000. «[...] De la condición jerárquica del sistema jurídico se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución. La Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.»

³³ En este sentido, la Corte Constitucional textualmente sostuvo en la sentencia C.197 de 1999: «Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.»

³⁴ Ley 1437 de 2011. «Artículo 180. **Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenção según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

[...]

³⁵ Artículo 103 Ley 1437 de 2011.

procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, así como la preservación del orden jurídico. Con ello, surge con mayor auge el principio *iura novit curia*, el cual hace referencia a la obligación del juez de aplicar el derecho pese a las deficiencias en la invocación de los fundamentos normativos por las partes y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento a la luz de las normas que correspondan, sin que ello constituya un fallo *extra petita*. El aludido principio permite materializar el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el Preámbulo y en el artículo 229 de la Constitución Política, e igualmente en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996, toda vez que apunta a la resolución de fondo del proceso judicial.

39. En ese sentido, es importante resaltar que el principio *iura novit curia* no solo desarrolla el deber del juez de someterse a la ley, imperativo normativo previsto en el artículo 230 Superior, sino que también es una manifestación del principio de inexcusabilidad, según el cual el funcionario judicial tiene la obligación de emitir fallo respecto de todos los casos que le sean asignados para su conocimiento aunque no aparezca regulado en la ley, que se encuentra consagrado en el artículo 42 del Código General del Proceso³⁶. Esta obligación del funcionario judicial va en consonancia con la prohibición de *non liquet*³⁷ y con el derecho fundamental y convencional a la tutela judicial efectiva.

40. Es de anotar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado tal principio como un deber del juzgador de aplicar las disposiciones jurídicas vigentes así estas no hayan sido invocadas. En efecto, en sentencia T-851 de 2010, la Corte precisó:

«El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y

³⁶ «Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: [...] 6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal [...]».

³⁷ Esta expresión hace referencia a que no es posible dejar de resolver un asunto, bajo el argumento de que «No está claro», toda vez que el juez tiene la obligación de emitir fallo ante cualquier caso que se someta a su conocimiento aunque no aparezca regulado en la ley..

subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen. Este principio, sólo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional.» (Negrilla fuera del texto)

41. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia del principio *iura novit curia*. En ese sentido, en sentencia proferida el 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, se indicó lo siguiente³⁸:

«La Comisión no señaló de manera expresa la violación del artículo 1.1 de la Convención, pero ello no impide que sea aplicado por esta Corte, debido a que dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención y porque sería aplicable, de todos modos, en virtud de un principio general de Derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente ("Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, pág. 31 y Eur. Court H.R., Handyside Case, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 41)».

42. Tal tesis ha sido reiterada por la Corte de manera sistemática, como puede observarse³⁹:

«Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997, Párrafo 163.

³⁹ Cfr. Caso Instituto de Reeducción del Menor. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 124 a 126; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 178; Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 142; Caso Maritza Urrutia. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 134; Caso Myrna Mack Chang, supra nota 2, párr. 128; y Caso Cinco Pensionistas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.

solicitudes y argumentos de los representantes, **con base en el principio iura novit curia, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, “en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”**, en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan». (Negrilla fuera del texto)

43. Por su parte, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 14 de febrero de 1995⁴⁰ reconoció la importancia de la aplicación de este principio en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los casos en los que se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, para lo cual «el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante».

44. A su turno, en la Sección Segunda, este criterio de interpretación también ha tenido aplicación en la jurisprudencia laboral y de seguridad social, tal y como se observa en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en el tema de contrato realidad⁴¹, al señalar:

«en atención a que el derecho a una pensión redundaba en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias

⁴⁰ Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de febrero de 1995, Exp: S-123

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) SUJ-005-CE-S2 de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil.

(diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión⁴² en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*⁴³, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que “...cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho

⁴² Ley 1437 de 2011, artículos 162 ordinal 2.º y 163 inciso 2.

⁴³ «Los jueces dan el derecho. Para algunos autores surgió en forma de advertencia, casi diríamos de exabrupto que un juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría: *Venite ad factum. Iura novit curia*; o lo que es lo mismo: 'Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el derecho'...». CISNEROS FARÍAS, Germán. Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos. México, primera edición, número 51, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie: estudios jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 55.

fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación”, por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración⁴⁴.»

45. Al respecto también resulta imperioso referirse al concepto expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL 15036-2014, en el cual determinó que:

«Si bien conforme al art. 66 A del C.P.T. y de la S.S., es deber del apelante precisar los temas objeto del recurso de alzada, puesto que de ello dependerá la competencia funcional del Tribunal en el sentido de que solo puede pronunciarse respecto de los asuntos que fueron sometidos a su consideración, debe precisarse, como en otras oportunidades lo ha hecho esta Sala, que el juez de segunda instancia no se encuentra atado a los argumentos del recurrente, en la medida que conforme a la Constitución y la ley, goza de la facultad de aplicar las normas jurídicas que estime regulen el caso (*iura novit curia*), aún con prescindencia de las invocadas por partes.

Así se desprende del artículo 230 C.N. cuando señala que los jueces en sus providencias solo se someten al «imperio de la ley»; también de los artículos 229 C.N. y 2º de la L. 270/1996 «Estatutaria de la Administración de Justicia» que garantizan el derecho de acceso a la administración de justicia, **cuyo matiz principal es que a los asociados se les ofrezca una solución efectiva y de fondo a los conflictos que hayan puesto a consideración de la jurisdicción, labor que deben realizar los jueces conforme al ordenamiento jurídico que conocen.**» (Negrilla fuera de texto)

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 25000-23-25-000-1999-03598-01(4218-04), sobre el particular dijo: «el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con **el pago de las cotizaciones correspondientes...no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral**» (negrilla fuera de texto).

46. La misma Corporación, en relación con este punto, sostuvo que el objeto del proceso no se determina por la invocación de los fundamentos de derecho que haga la parte demandante sino por los hechos jurídicamente relevantes que expone, y del mismo modo hizo las siguientes precisiones que la Sala transcribe dada su relevancia frente al tema:

«A ese respecto, bien cabe recordar que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas, el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido, y excepcionalmente, sobre materias que importan al interés general y social por constituir bienes superiores como los son el trabajo, la familia, las relaciones de equidad, etc.

No empece, tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte --como los procesos del trabajo-- del llamado 'principio dispositivo', el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina 'disponibilidad del derecho material', que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: '*Venite ad factum. Iura novit curiae*', o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que «la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)» (ídem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, **allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico** de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento **que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la exposición de los hechos** que al lado de la petición haga el demandante. **Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230).**

Lo anterior no quiere decir que la calificación jurídica alegada por el demandante no pueda resultar trascendente para efectos de delinear o identificar en ciertas ocasiones la naturaleza de la acción propuesta, como cuando se discute en el proceso laboral la relación jurídica material que unió a las partes, o cuando lo que se persigue por el actor no es la declaración del derecho sino su efectividad por reposar éste en un título ejecutivo, pues en los casos citados; como en los que es dable tener como presupuesto de la declaración o condena judicial la afirmación y determinación de particulares hechos exigidos para la creación, modificación o extinción de la relación material discutida, llamadas por alguna porción de la doctrina como ‘pretensiones constitutivas’, a través de dicha calificación el juez avizora in límine

tanto el procedimiento a seguir como el objeto del proceso»⁴⁵

47. Es importante señalar, además, que el contenido del principio en cuestión se acompaña con el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico⁴⁶, así como la prevalencia del derecho sustancial⁴⁷ y la garantía del acceso a la administración de justicia⁴⁸.

48. En esas condiciones, es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, lo que en principio faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones⁴⁹, interpretar los hechos de la demanda⁵⁰ e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido invocado de manera errónea.

49. No obstante lo anterior, en la aplicación de tal principio deben tenerse en cuenta algunas limitaciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Debe respetarse el principio de congruencia y por ello al juez no le está dado desconocer la relación lógica de coherencia entre los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión y el objeto de la decisión judicial.
- Al juez no le está dado suplir carencias procesales, como puede ser, entre otros, el poder para actuar.
- No es posible agravar la situación al apelante único, salvo que fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la modificación que se pida, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso.
- En segunda instancia, deberá tener especial cuidado de que los hechos litigiosos sobre los cuales vaya a decidir hayan sido objeto del debate

⁴⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL17741-2015 de 11 de noviembre de 2015.

⁴⁶ Artículo 103 del CPACA.

⁴⁷ Artículo 228 de la Constitución Política.

⁴⁸ Artículo 229 *ibidem*.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 6 de abril de 2011. Rad.: 11001-03- 25-000- 2009-00038- 00(0901-09).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación: 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335), actor: Agrocultivos del Pacífico y otros.

probatorio⁵¹.

1.1.1.3. Naturaleza del derecho a la seguridad social

50. La aplicación del principio *iura novit curia* cobra especial importancia en materia laboral y de seguridad social. En efecto, la naturaleza de derecho fundamental de la seguridad social y el hecho de que el régimen general de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993 tenga «por objeto garantizar los derechos **irrenunciables** de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten»⁵², son condiciones que a las autoridades públicas no les está permitido desconocer. Ello implica que está vedado entender que el no invocar expresamente una norma, conlleva una dimisión a su aplicación en el caso concreto, por parte del interesado.

51. Precisamente, el carácter de irrenunciables conlleva un trato especial al tema pensional, esto es, que ni siquiera se encuentra sometido al requisito de procedibilidad de la conciliación como presupuesto para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, condición que la jurisprudencia de esta Sección derivó de su carácter de derechos ciertos e indiscutibles⁵³.

52. En este sentido, debe entenderse que el papel del juez de lo contencioso administrativo al estudiar la legalidad de un acto cuya nulidad se pide, no solo debe restringirse a la verificación de sus requisitos formales, sino que se extiende a su teleología, para lo cual debe corroborar que también se ajuste a los postulados constitucionales, entre ellos, los artículos 2 y 209 de la Carta y todos aquellos que consagren derechos fundamentales. De no ser así, habrá de aplicar lo previsto por el artículo 4 *ibidem* que ordena que «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales», en atención a su carácter de norma fundante del sistema jurídico colombiano y al artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, radicación: 47001-23-31-000-2001-00660-01(36285), actor: Consultores Constructores Asociados Limitada.

⁵² Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, actor: Lucinda María Cordero Causil.

1.1.1.4. No vulneración del debido proceso de la entidad

53. Como se sabe, uno de los presupuestos procesales de la demanda contencioso administrativa es la reclamación ante la respectiva entidad (artículo 161 ordinal 2.º de la Ley 1437 de 2011 en armonía con el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa. La carencia de tal requisito o su insuficiencia impiden un pronunciamiento de fondo.

54. En relación con los fundamentos jurídicos de tal reclamación, debe aclararse que, conforme lo expuesto anteriormente, no se vulnera el debido proceso de la entidad de previsión social contra la cual se adelanta la reclamación, al aplicar el principio *iura novit curia*, ello por cuanto debe tenerse en cuenta que la persona interesada ha pedido expresamente el reconocimiento de la prestación basada en los mismos hechos, es decir, que existe identidad de pretensiones y de fundamentos fácticos, con lo cual no puede afirmarse que se incumple dicho requisito.

55. En este sentido, la Subsección A de esta Sección⁵⁴, en un caso en el que se debatió el derecho a una pensión de sobrevivientes de un soldado voluntario muerto en combate, consideró que no se vulneraba el debido proceso de la entidad encargada de la prestación por el hecho de que el juez reconociese una pensión de sobreviviente bajo un régimen jurídico pensional diferente al invocado en el escrito de demanda. Lo anterior por cuanto los argumentos en los que se fundó el reconocimiento no resultaban sorprendidos o ajenos a su conocimiento, puesto que tanto en sede administrativa como en la judicial, los razonamientos de la entidad estuvieron dirigidos a: (i) desvirtuar la aplicación del régimen general de pensiones y (ii) justificar el por qué bajo el régimen especial y/o excepcional que rige la materia pensional de los miembros de las Fuerzas Militares, no era procedente reconocer una pensión de sobrevivientes.

56. La misma providencia fundó su apreciación en anteriores pronunciamientos

⁵⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01, (2114-2014), actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras.

de la Corporación en los cuales se sostuvo que el juez está obligado a integrar e interpretar la demanda de manera que «supere los meros formalismos y llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones y más aún cuando se trata del derecho prestacional de personas de la tercera edad».

57. En ese orden, se puede concluir que el hecho de que la reclamación de la prestación de la pensión de sobrevivientes se presente ante la administración y se demande ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con invocación de normas distintas a las que el juez considere aplicables al caso concreto, no comporta el detrimento del debido proceso para la entidad de previsión social, que en ejercicio de la función administrativa debe propender por garantizar los derechos que consagra la Constitución Política.

1.1.2. La pensión de sobrevivientes

58. 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.

59. 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».

60. 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».

61. En el mismo sentido, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁵ 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 el cual contempló las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes como una garantía mínima para las pensiones protegidas⁵⁶. 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 sociales⁵⁷.

62. 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.

63. En efecto, por medio de la Ley 516 de 1999 se aprobó el Código Iberoamericano de Seguridad Social⁵⁸, 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.

⁵⁵ 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»

⁵⁶ Artículo 59 del Convenio 102 de 1952.

⁵⁷ 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

⁵⁸ 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.

64. 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.

65. 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 afectar⁵⁹.

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

67. 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.

⁵⁹ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

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.».

1.1.3. El servicio militar obligatorio en la Fuerza Pública

68. El artículo 216 de la Constitución Política textualmente dispone:

«Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones pública.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.»

69. Para la Corte Constitucional, «La de prestar el servicio militar es una obligación de naturaleza constitucional que corresponde a exigencias mínimas derivadas del deber genérico impuesto a los nacionales respecto del sostenimiento y defensa de la soberanía, la guarda del orden institucional y el mantenimiento del orden público»⁶⁰.

70. Dicha obligación fue reiterada en el artículo 3⁶¹ de la Ley 48 del 3 de marzo

⁶⁰ Sentencia C-511 de 1994

⁶¹ «Artículo 3 Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley.»

de 1993⁶², reglamentada por el Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993, y su existencia tiene fundamento en la prevalencia del interés general (artículo 1 CP) y en el deber genérico impuesto a las personas por el artículo 95 Superior, de cumplir la Constitución y la ley y de «Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales». Así, todo ciudadano está en la obligación de definir su situación militar al cumplir la mayoría de edad⁶³.

71. De acuerdo con el artículo 11 de la ley en mención, el servicio militar obligatorio tendría una duración de entre 12 y 24 meses, sujeto a lo que determinara el Gobierno, y podría prestarse en las siguientes modalidades, a voces del artículo 13 de la misma normativa:

- «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.»

72. Igualmente, se previó en el párrafo 1 del referido artículo que los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

73. Dentro de los derechos que se distinguen para aquellas personas que hubieren cumplido con la obligación constitucional, se encuentra que el tiempo de servicio les será computado para efectos de cesantía y pensión (art. 40), es decir, que ese tiempo tiene incidencia en la consolidación del derecho pensional en las entidades del Estado de cualquier orden⁶⁴.

⁶² Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización.

⁶³ Artículo 14 de la Ley 48 de 1993.

⁶⁴ Sobre los efectos en materia de pensión, cesantías y prima de antigüedad del tiempo de servicio militar se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto con radicación 1144 del 16

74. Es de anotar que tal como lo ha precisado la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, «si bien la Ley 100 de 1993 derogó todas las disposiciones que le fueron contrarias (art. 289), tal derogatoria tácita, en términos del artículo 3o. de la Ley 153 de 1887⁶⁵, no afecta la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1.993, pues los beneficios por él otorgados constituyen desarrollo de precepto superior, que ordena conceder prerrogativas especiales, como incentivo, por el cumplimiento de un deber constitucional. Por tanto, el tiempo de servicio militar se computa para efecto de derechos pensionales tanto en el Régimen General de Seguridad Social como en el especial de las Fuerzas Militares, incluido el del personal de soldados profesionales»⁶⁶

75. Recientemente, la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017 en su artículo 81 derogó la Ley 48 de 1993, pero reafirmó la obligación de definir la situación militar una vez cumplida la mayoría de edad (art. 11), previó una duración de entre 12 y 18 meses (art. 13), y señaló que el servicio militar se podría prestar como:

«a) Soldado en el Ejército;

b) Infante de Marina en la Armada Nacional;

c) Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea;

d) Auxiliar de Policía en la Policía Nacional;

e) Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.»⁶⁷

76. Así mismo esta norma prevé como uno de los derechos de los conscriptos el de devengar una bonificación mensual hasta por un valor del 50% del salario mínimo mensual legal vigente (art. 44, literal a.)) y la última llegará al total del salario mínimo (literal g.)). Al finalizar el servicio este tiempo le será computado para efectos pensionales, de cesantías y prima de antigüedad (art. 45 literal a.)).

de septiembre de 1998. Así mismo, concepto con radicación 11001-03-06-000-2001-01397-00(1397) del 24 de julio de 2002.

⁶⁵ Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 1 de julio de 2004, radicación: 1557.

⁶⁷ Artículo 15.

Así mismo, el artículo 75 se refirió a una indemnización en caso de que el conscripto sufra una disminución de la capacidad laboral, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 75. RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Las personas que ingresen a las filas de la Fuerza Pública, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, policial o de custodia y sufra una disminución en su capacidad laboral para el servicio, valorada por los organismos médico-laborales de la Fuerza Pública, tendrán derecho, además de las prestaciones sociales consagradas en las disposiciones legales vigentes, a la reparación que por vía judicial se declare, en aquellos eventos en que la lesión haya sido generada como consecuencia del servicio militar, calificada como ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo, o en combate.

En los demás casos, la administración solo será responsable por los daños originados en una falla en el servicio imputable a las autoridades militares o policiales.»

77. En lo que respecta a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, es importante anotar que el artículo 19 de la Ley 352 de 1997, «Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», contempló dos clases de afiliados a ese sistema así: i) los sometidos al régimen de cotización y los no sometidos a dicho régimen.

78. Dentro de los afiliados sometidos al régimen se encuentran: i) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo; ii) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión; iii) el personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado, activo y pensionado de la Policía Nacional; iv) los soldados voluntarios; v) los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional; vi) los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional; viii) los

servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional que deseen vincularse al SSMP; viii) los estudiantes de pregrado y posgrado de ciencias médicas y paramédicas que presten sus servicios en los establecimientos de sanidad del SSMP.

79. Por su parte, como afiliados no sometidos al régimen de cotización se contemplaron los siguientes: i) los alumnos de las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los alumnos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, a que se refieren el artículo 225 del Decreto-ley 1211 de 1990, el artículo 106 del Decreto-ley 41 de 1994, y el artículo 94 del Decreto 1091 de 1995, respectivamente; y ii) las **personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio**.

80. De otro lado, es oportuno señalar que en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, al igual que en el de oficiales y suboficiales, 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.

81. Es de advertir que si bien dentro de las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, se encuentra la de auxiliar de policía, el ámbito de estudio de la presente sentencia de unificación se circunscribe al régimen de prestaciones por muerte para quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares, y específicamente lo atinente a la pensión de sobrevivientes de los beneficiarios de aquellos que cumpliendo su deber constitucional en las Fuerzas Militares, fallecen en simple actividad.

1.1.4. El régimen de prestaciones por muerte para quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares

82. Por medio de la Ley 65 de 1967 se revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, entre otros aspectos, en lo relativo al

régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional.⁶⁸

83. En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 2728 del 2 de noviembre de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 8 consagró las prestaciones a las que habría lugar en caso de fallecimiento de un soldado o grumete. Para tal efecto, el artículo en mención clasificó la muerte en servicio activo de la siguiente manera:

Muerte en combate	Muerte ocurrida: i) en combate o ii) como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público.
Muerte en misión del servicio	Muerte ocurrida en actividad por actos del servicio o por causas inherentes al mismo
Muerte simplemente en actividad	Muerte ocurrida en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en las dos hipótesis anteriores.

84. La aludida clasificación determinaba las prestaciones a percibir con ocasión de la muerte, como pasa a explicarse:

Tipo de muerte	Prestaciones a reconocer
Muerte en combate	1. Ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero 2. Reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado. 3. Pago doble de la cesantía.
Muerte en misión del servicio	1. Reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.
Muerte simplemente en actividad	1. El reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

⁶⁸ Artículo 1 literal c).

85. Posteriormente, 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 fallecidos en combate una prestación en los siguientes términos:

«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.» (Se resalta)

86. Más adelante, el artículo 34 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 reiteró que el fallecimiento de una persona vinculada por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrido **en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público**, daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios, equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

87. De acuerdo con lo anterior, las prestaciones por muerte durante la prestación del servicio militar obligatorio se resumen en el siguiente cuadro:

Norma	Calificación de la muerte	Prestaciones
Decreto 2728 de 1968	Heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público	- Ascenso póstumo a cabo segundo o marinero. - Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado. - El pago doble de la cesantía.
Decreto	Accidente en misión del	Reconocimiento y pago

2728 de 1968	servicio	de 36 meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero
Decreto 2728 de 1968	En servicio activo o por causas diferentes	Reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero
Ley 447 de 1998	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente.
Decreto 4433 de 2004	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente

88. Esta relación evidencia que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la Ley 447 de 1998 consagró la aludida pensión, tan solo para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

89. Se observa entonces que para el caso del fallecimiento de un conscripto en simple actividad, la única prestación se encuentra prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y consiste en el reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

1.1.5 Pensión de sobrevivientes en el régimen general

90. 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
 - 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.
- [...]»

91. 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, éste no había cumplido con el requisito de las semanas de cotización.

92. 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 2003⁶⁹.» (Negrillas fuera de texto)

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

94. El primero hace alusión a la prestación que se deriva de la muerte de quien

⁶⁹ 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.

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.

95. El segundo, se refiere a la prestación que reciben los beneficiarios con ocasión del deceso del pensionado, 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 encaja en la previsión del ordinal 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

96. 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:

1. 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.

2. 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.

97. 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.

98. 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.

99. Es importante precisar que 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. Para el efecto, 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.

100. 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”⁷⁰, por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26⁷¹ semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.»

101. 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 o 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 requisitos determinados por el legislador	Se trata del cubrimiento de un riesgo. Se financia con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si	Es una nueva prestación de la que no gozaba el causante

⁷⁰ Se remitió al concepto que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió rindió en dicho proceso.

⁷¹ Posteriormente la Ley 797 de 2003, en el artículo 12, amplió este requisito de 26 a 50 semanas.

			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	
--	--	--	--	--

1.1.6. Principio protector o protectorio: El principio rector en materia laboral.

102. 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.

103. 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».⁷² 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»⁷³.

104. 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.

105. 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 Trabajo⁷⁴.

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

106. 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.

107. 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.

108. 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 disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se

⁷² Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, ediciones De la Palma, Buenos Aires 1990, segunda edición, p. 23

⁷³ *Ibidem* p. 25

⁷⁴ 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.

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*⁷⁵.

109. 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».

110. 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

111. 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.

1.1.8. Principio *pro homine* o *pro persona*

112. El principio *pro homine* es un principio que irradia a todos los derechos

⁷⁵ 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.

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»⁷⁶.

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

114. 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».

115. 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:

⁷⁶ Sentencia C-438 de 2013

- 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.»

116. 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.

1.1.9. Principio de igualdad

117. 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.

118. 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 destinatarios⁷⁷.

⁷⁷ 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.

119. 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 beneficios⁷⁸.

120. 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 régimen general⁷⁹, 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»⁸⁰.

1.1.9.1. Principio de inescindibilidad de la norma

121. Para definir el contenido del concepto inescindibilidad, es necesario hacer referencia a su origen etimológico. La palabra *inescindibilidad* se forma con el

⁷⁸ Sentencia C-956 de 2001.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Sentencia T-167 de 2011.

prefijo «*in*», del latín *in*: de valor negativo o privativo⁸¹ y el sufijo «*bilidad*», que significa «cualidad en sustantivos abstractos derivados de adjetivos». Por su parte, el vocablo «escindir»⁸² 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.

122. 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)

123. Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁸³ 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.

124. A su vez, esta Sección⁸⁴ 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

⁸¹ <http://dle.rae.es/?id=L9vLorj|L9vXSzQ>.

⁸² <http://dle.rae.es/?id=GEBq7jT>.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

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 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 [...]»

125. Esta postura concuerda con lo considerado por la Corte Constitucional⁸⁵ 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)

⁸⁵ Ver entre otras: i) Sentencia C 168 de 1995; ii) Sentencia T-832 A de 2013.

126. Finalmente, frente a este principio la doctrina⁸⁶ 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 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. [...]»

127. 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 normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

128. De manera que no podría predicarse una tensión de principios entre la favorabilidad y la inescindibilidad, toda vez que el principio de favorabilidad 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.

129. 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

⁸⁶ López Fajardo Alberto, Elementos del Derecho del Trabajo, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999, página 96.

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.

1.1.10. Determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los conscriptos de las Fuerzas Militares *mueritos simplemente en actividad*.

130. Como antes se anotó, las prestaciones por muerte en simple actividad a la que tendrían derecho los beneficiarios de los conscriptos de Fuerzas Militares estarían reguladas en el Decreto 2728 de 1968, norma aplicable a este tipo de personal en virtud del carácter genérico de la expresión «soldados» con la que se refiere a sus destinatarios, y que reconoce 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

131. 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.)⁸⁷ y 217⁸⁸ de la 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 desarrollan⁸⁹.

132. Sin embargo, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993⁹⁰ permitió que todo

⁸⁷ 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.»

⁸⁸ 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.»

⁸⁹ En este sentido ver las sentencias C-432 de mayo 6 de 2004, T-372 de 2007 y T-894 de 2010, entre otras.

⁹⁰ 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

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.

133. Así pues, en aplicación de la regla de favorabilidad, en los términos del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se observa que el régimen que más ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido simplemente en actividad es el contenido en las normas generales que prevén una prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las contenidas en el Decreto 2728 de 1968 y que, además, se corresponde con los efectos pensionales que debe imprimírsele a este periodo de servicio público.

134. Lo anterior, en razón a que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene previsto, en caso de fallecimiento, una pensión de sobrevivientes para el causante que hubiere cotizado 26 o 50⁹¹ semanas, cuyo monto es igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

135. En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁹².

136. Ahora bien, en este estudio no debe incluirse el Decreto 1211 de 1990, por cuanto no es aplicable a quienes prestan el servicio militar obligatorio, donde se ubican los soldados regulares, quienes claramente no son oficiales ni suboficiales.

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.

⁹¹ Este término se predicaría de aquellas situaciones que se consoliden con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

⁹² Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: Jose Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

137. Además, no sería más favorable frente a la pensión regulada en el régimen general, tal como se determinó en sentencia de unificación dentro del radicado 3760-2015, toda vez que en su artículo 191 consagra las siguientes prestaciones en caso de muerte simplemente en actividad:

«a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente Estatuto.

b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se 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.»

138. La anterior previsión contiene una exigencia mayor para que los beneficiarios puedan acceder a la pensión en caso de muerte del causante, requisito que, en cualquier caso, no podría acreditarse por una persona que esté en servicio militar, puesto que su duración no puede ser superior a los 24 meses de acuerdo con las normas anteriormente señaladas.

139. Tampoco es admisible extender las prestaciones de que trata la Ley 447 de 1998, como quiera que esta norma no decreta pensión de sobrevivientes en favor de los familiares del conscripto muerto **simplemente en actividad**.

140. La misma situación se presenta en relación con las disposiciones contenidas en el Decreto 4433 de 2004, que limitan el derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos muertos en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, excluyendo de su ámbito a quienes durante el periodo del cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar, perecen simplemente en actividad.

141. En efecto, según el artículo 21⁹³, el fallecimiento en simple actividad de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, con un año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, tendrán derecho a una pensión mensual, liquidada en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante y si no se hubiere causado tal asignación, la pensión será equivalente al 40% de las partidas computables.

142. No desconoce la Sala que la Corte Constitucional en la sentencia T-1043 de 2012 hizo extensivo el régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990, en el caso de un conscripto fallecido el 16 de octubre de 1997 en accidente de tránsito durante el servicio y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente y al hijo del causante, empero, se observa que en aquella oportunidad dentro del sustento jurídico de la decisión se acogió la posición expuesta por el Consejo de Estado en sentencias del 7 de julio de 2011⁹⁴ y del 30 de octubre de 2008⁹⁵, vigente para ese momento, y que extendían los efectos de un régimen especial para las Fuerzas Militares, teoría que en esta oportunidad se reevalúa para dar aplicación al régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

143. Lo anterior, en consideración a que tesis como la aplicada en aquellas oportunidades, propenden por la ampliación del ámbito de aplicación de normas especiales señaladas en el Decreto 1211 de 1990, por no encontrar justificada la desigualdad de trato de los oficiales y suboficiales frente a los conscriptos regulados por el Decreto 2127 de 1968, en cuanto no les asigna una pensión de sobrevivientes. Sin embargo, no se percibe con claridad, la razón por la cual se aplica de preferencia dicho compendio especial, antes que el contenido en la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 288 concibe la extensión de sus prestaciones a aquellas personas que venían rigiéndose por otras reglas menos favorables, para el momento de su entrada en vigencia.

⁹³ ARTÍCULO 21. Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

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

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

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicación 2161-2006.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 8626-2005.

144. Al respecto, la Sala considera que se debe replantear dicha posición, en atención a los siguientes aspectos:

- En primer lugar, el alcance del principio de favorabilidad, como se vio, parte de la duda entre normas aplicables, relación que no se presenta entre el Decreto 1211 de 1990 y los conscriptos, quienes no se rigen en materia de prestaciones por muerte por el régimen especial de los oficiales y suboficiales.
- En segundo lugar, tal y como lo ha dicho la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁶, la existencia de regímenes especiales no comporta la vulneración del derecho a la igualdad frente a la generalidad de trabajadores, sino que garantiza una protección igual o superior para sus destinatarios, pero cuando brinda un tratamiento inequitativo y menos favorable a un determinado grupo de servidores respecto del ofrecido por las normas generales, se advierte como un trato discriminatorio que contradice el artículo 13 de la Constitución Política.
- En tercer lugar, se debe tener presente el hecho de que los oficiales y suboficiales se encuentran vinculados a la administración en virtud de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor, a partir de una elección voluntaria de incorporación, mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo a la Fuerza Pública surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, lo que en principio permite entender que se encuentra justificada la diferencia de trato en materia prestacional para ambas clases de personal.

145. Así las cosas, la Sala estima que realizado el análisis de la situación de la persona que muere simplemente en actividad, durante la prestación del servicio militar, surge la aplicación de la regla de favorabilidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, con prelación a la del régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990.

⁹⁶ Corte Constitucional C-461 de 1995 y C-592 de 2014, entre otras.

146. Por ende, como el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.

147. En efecto, una de las consecuencias de beneficiarse de determinado régimen pensional es precisamente el hecho de someterse a este en la totalidad de sus disposiciones, condición conocida como principio de inescindibilidad o conglobamento, sin que le esté dado pretender que se fragmenten las normas, tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, como se explicó en precedencia.

148. En ese sentido, es importante resaltar que incluso la propia Ley 100 de 1993 consagró tal principio en su artículo 288 al disponer expresamente lo siguiente: «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».

149. Como consecuencia de lo anterior, en lo relativo al **monto de la prestación**, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, según el cual el valor mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. Monto que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

150. Por su parte, en lo atinente al **ingreso base de liquidación** de la pensión de sobrevivientes, es necesario precisar que tal prestación debe liquidarse atendiendo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que textualmente indica:

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el 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.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»

151. Ahora bien y en lo que respecta al orden de beneficiarios que debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, se advierte que es el señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y no en el artículo 9 Decreto 2728 de 1968.

152. Lo anterior como quiera que el orden de beneficiarios que contiene el régimen general no es equivalente al que contempla el Decreto 2728 de 1968, toda vez que este último consagra a los hermanos menores de 18 años como beneficiarios de las prestaciones por muerte, a falta de otros beneficiarios del llamado orden preferencial establecido en el artículo 185 *ejusdem*, y sin ninguna otra condición. Igualmente, el régimen de los soldados y grumetes permite que haya concurrencia entre diferentes beneficiarios, a saber: i) entre el cónyuge o compañero permanente y los hijos; y ii) a falta de hijos entre el cónyuge o compañero permanente y los padres del fallecido.

153. Así las cosas es claro que al aplicar el régimen general los hermanos menores de 18 años que no se encuentren en la situación de discapacidad que exige el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, empero, sí podrán serlo de la compensación por muerte de que trata el Decreto 2728 de 1968, esto último, bajo el supuesto de la ausencia de otros con mejor derecho. *Contrario sensu*, los hermanos que se encuentren en situación de discapacidad, independientemente de su edad, y que acrediten la dependencia económica, sí podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 100 de 1993, pese a que con el régimen especial no fueren beneficiarios de la compensación por muerte.

1.1.11. Descuentos de lo percibido por concepto de compensación por muerte.

154. Al establecerse que el régimen que se debe atender en virtud de la regla de favorabilidad es en su integridad el contenido en la Ley 100 de 1993, es preciso analizar las consecuencias que de ello se desprenden, ante una eventual sentencia favorable, frente a las sumas que fueron reconocidas inicialmente a los beneficiarios del causante.

155. Habida cuenta de que la compensación por muerte no está prevista dentro de las prestaciones por muerte del régimen general, pues son propias de la normativa especial en comento, la interpretación que se ajusta a estos postulados es aquella según la cual deben efectuarse los respectivos descuentos, debidamente indexados, de lo que se hubiere pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, pues ambos reconocimientos resultan incompatibles toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cobijada con el reconocimiento pensional.

156. Así las cosas y dadas las características de las prestaciones por muerte que concede el Decreto 2728 de 1968, emerge que su naturaleza jurídica es la de una prestación que tiene la finalidad de cubrir el riesgo de la muerte al que están enfrentados, de manera especial, los miembros de las Fuerzas Militares, propósito que se enmarca 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 misma⁹⁷.

[...]»⁹⁸

157. Ahora, como quedó expuesto en líneas anteriores, la pensión de sobrevivientes se constituye igualmente en una prestación social que busca atender la contingencia derivada de la muerte, en beneficio del grupo familiar del afiliado fallecido, con la finalidad de impedir que el deceso afecte sustancialmente las condiciones mínimas de subsistencia. De ahí que la identidad de naturaleza jurídica de las dos prestaciones concebidas en dos regímenes excluyentes, derive en la incompatibilidad de aquellas.

158. Lo anterior se hace aún más evidente en el contenido normativo del párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 447 de 1998, que suprimió la compensación por muerte en combate de los soldados y grumetes consagrada en el Decreto 2728 de 1968, en cuanto le era aplicable a los beneficiarios de los conscriptos, en razón a que la mencionada ley introdujo una pensión de sobrevivientes, prestación que entraría a cubrir la misma contingencia.

159. En igual sentido, el Decreto 4433 de 2004 que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública no consagró la compensación por muerte como prestación para quienes fallecieran en combate. En efecto, en el capítulo III, artículos 19 al 22, previó las reglas a aplicar a los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que fallecieran en combate, en servicio y en simple actividad, precisando que tendrían derecho a una pensión mensual la cual se liquida teniendo en cuenta los parámetros allí señalados en atención al tipo de muerte.

160. En lo que respecta a las cesantías, debe anotarse que se trata de un emolumento cuya naturaleza no corresponde a la de una prestación por muerte,

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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.

sino a la de una prestación social que busca, principalmente, cubrir el riesgo del retiro y que se causa como consecuencia de la vinculación laboral del causante con la institución, en proporción al tiempo servido. En ese sentido, la Sección Segunda, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, indicó que las cesantías constituyen un ahorro del trabajador, que tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral⁹⁹.

161. En resumen, es procedente el descuento, debidamente indexado, de lo que se hubiere pagado por virtud de la compensación por muerte, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968. En todo caso, la entidad solo podrá efectuar el descuento siempre y cuando haya identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce.

162. Sobre este último punto conviene aclarar que si existe identidad parcial respecto de las personas que recibieron la compensación por muerte y aquellas que reclaman la pensión de sobrevivientes, es decir, si por el orden de beneficiarios contenido en el régimen especial concurren varias personas para recibir la prestación por muerte, solamente habrá lugar a descontar el monto que le correspondió a quien se le reconozca la pensión de sobrevivientes, debidamente indexado. De manera que por ningún motivo podrá hacerse deducción alguna de la compensación por muerte a quien no resulte beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

163. En síntesis, para efectos del descuento deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) deberá verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, actor: Yesenia Esther Hereira Castillo.

demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

1.1.12. Término de prescripción aplicable

164. La prescripción, en general, es un modo de extinguir derechos por el paso del tiempo sin haberlos exigido¹⁰⁰, regla frente a la cual el derecho a la pensión¹⁰¹ ha recibido una connotación especial para darle el carácter de imprescriptible, es decir, no se ve afectado por tal fenómeno, situación que se extiende a la de sobrevivientes¹⁰². No obstante, no sucede lo mismo con las mesadas que no se hubieren reclamado dentro del término previsto por la ley¹⁰³.

165. En relación con el término de prescripción que debe observarse en el caso concreto, los regímenes frente a los cuales se estudiaron las prestaciones por muerte simplemente en actividad se rigen por disposiciones normativas distintas.

166. Así por ejemplo, el régimen especial contenido el Decreto 1211 de 1990, en el artículo 174, dispone:

«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.»

¹⁰⁰ Código Civil, artículo 2512: «La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.»

¹⁰¹ Entre otras ver Corte Constitucional sentencia C-230 de 1998.

¹⁰² Sentencia Corte Constitucional T-527-14.

¹⁰³ Sobre la prescripción de las mesadas pensionales ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado: sentencia del 14 de septiembre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, Rad. 44001-23-33-000-2013-00121-01(2435-15); sentencia del 16 de marzo de 2017, Sección Segunda, Subsección B. Rad: 05001-23-31-000-2011-01036-01(0553-14).

167. Del mismo modo, el Decreto 4433 de 2004 señala:

«ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.»

168. No obstante, en cuanto a esta última norma el Consejo de Estado ha señalado que es aplicable la excepción de ilegalidad, en la medida en que en su expedición el Gobierno Nacional se excedió la facultad reglamentaria, toda vez que la prescripción no estaba contenida en la Ley 923 de 2004, norma que desarrolla¹⁰⁴.

169. Por su parte, en el régimen general se aplica el término prescriptivo de 3 años de conformidad con lo establecido por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTÍCULO 489. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un

¹⁰⁴ En este sentido ver, entre otras, las providencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de septiembre de 2008, radicación: 25000 23 25 000 2007 00107 01(0628-08), Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, reiterada por la misma Subsección, sentencias del 27 de octubre de 2011, radicación: 2500002325000200800927 01 (0015-2011), Actor: Beatriz Pinto de Martínez; del 7 de febrero de 2013, radicación: 250002325000201100371 01 (1074-2012), Actor: Rigoberto Pérez Álvarez; y del 17 de mayo de 2012, radicación: 250002325000201001078 01 (1686-2011), Actor: Tiberio Rengifo Mercado.

derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.»

170. Lo anterior, dado que la pensión en caso de muerte estaba prevista en el artículo 275 del mismo estatuto, norma que fue subrogada por la Ley 100 de 1993, artículos 46 a 49 y 73 a 78, referidos a la pensión de sobrevivientes.

171. En ese orden, debe decirse que dado que el régimen al cual se acude debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes y del mismo mandato del artículo 288 *ibidem*, es este último el que corresponde atender.

172. Es oportuno señalar además que el término prescriptivo trienal es el mismo que consagran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto de los derechos de que tratan las referidas normas.

173. De manera pues que el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de tres años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición.

174. Ahora bien, no puede hablarse de prescripción de los valores económicos pagados por compensación por muerte, toda vez que la sentencia que reconoce el derecho pensional es la que origina, a su vez, el derecho de la entidad a deducir los valores que fueron inicialmente entregados por aquel concepto.

1.1.13. Reglas de unificación

175. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia:

1. 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.

2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.
3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.
4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.
5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión

de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.

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

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

176. 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.

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

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.

178. 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 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

179. 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

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.

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 oscurecer 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 Sentencia C- 634 de 2011.

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

180. 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). [...]»

181. 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

¹¹² Sentencia C-179 de 2016.

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

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

183. 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

184. 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

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, "Il potere creativo 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.

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

nuevos casos con patrones fácticos y jurídicos similares.

185. 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.

186. 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

187. 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

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.

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. [...]»

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

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.

188. 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

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

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 C-811 de 2011.

¹²⁵ Sentencia C- 634 de 2011.

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.

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 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

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 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 [...]» .

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.

190. 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..

191. 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.

192. 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.

193. 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

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

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.

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.

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

195. **El efecto retroactivo** 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.

196. 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

197. 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.

198. Por su parte, en los países del *Common Law* «existe una general reticencia

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

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

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

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 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.

199. 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.»

200. Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han dado aplicación al cambio jurisprudencial de forma retroactiva. 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

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

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.

materia de comparecencia al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación a través del director ejecutivo de 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.

201. 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.

202. 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.

203. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en reciente decisión defendió la prospectividad del precedente cuando¹⁴⁹: i) 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; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la

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.

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.

204. Ahora bien, en el *sub examine*, es importante anotar que la tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de un caso en el cual se está sentando jurisprudencia sobre la materia objeto de debate y, 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.

205. 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.

206. 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.

2. Análisis de la Sala del caso particular

2.1. Cuestión previa

207. Es importante precisar que el hecho de que no se hayan invocado las disposiciones de la Ley 100 de 1993 para efectos del reconocimiento pensional que pretende la parte actora, no impide que en esta instancia se efectúe un pronunciamiento sobre este aspecto, teniendo en cuenta las consideraciones previamente expuestas.

208. Adicionalmente, es pertinente aclarar que no se vulnera el debido proceso de la entidad demandada, puesto que tanto en sede administrativa como en la judicial, lo pretendido por la actora consiste en el reconocimiento de una pensión de sobreviviente por la muerte en simple actividad de su hijo, el soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, prestación que no está contemplada en el Decreto

2728 de 1968 ni en la Ley 447 de 1998.

209. Así se desprende de las pretensiones del libelo introductor al solicitar: «En consecuencia Se DECRETE, conceder la pensión de sobreviviente a mi poderdante PASTORA OCHOA OSORIO, por la muerte durante la vigencia de prestación del servicio militar obligatorio de MELÉNDEZ OCHOA JORGE LUIS en las respectivas instalaciones de Batallón al cual se encontraba adscrito» (f.2), y del escrito de reposición contra la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012 cuando requirió «en forma respetuosa esta servidora solicita se REVOQUE la Resolución No.(sic) 1561 de fecha 26 de Abril de 2012 y en su lugar reconocerme la pensión de sobreviviente en calidad de madre del soldado regular» (f.22).

210. En ese orden, la Sala de Sección procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto.

2.2. Problemas jurídicos

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

- i. ¿Los beneficiarios del soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tienen derecho a la aplicación del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, en tanto que este derecho no está previsto en el Decreto 2728 de 1968, en la Ley 447 de 1998 ni en el Decreto 4433 de 2004 que contienen el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Militares, vinculados en razón de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio?

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

- ii. ¿La demandante acreditó los requisitos exigidos por las normas que consagran la pensión de sobrevivientes?

213. De ser así, se deberá resolver si:

- iii. ¿Se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007, a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa en los términos del Decreto 2728 de 1968?

2.3. Primero, segundo y tercer problemas jurídicos

214. **Primero.** La Sala sostendrá la siguiente tesis: La señora Pastora Ochoa Osorio, en su calidad de beneficiaria del soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, quien falleció en simple actividad mientras prestaba el servicio militar obligatorio, tiene derecho a la aplicación del régimen general de pensiones que concede el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con base en las razones que pasan a explicarse.

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

- a. De acuerdo con el Registro Civil de Nacimiento de Jorge Luis Meléndez Ochoa, este era hijo de Pastora Ochoa Osorio y de Horacio Meléndez Cepeda¹⁵⁰ (f. 112).
- b. Según el Registro Civil de Defunción el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa falleció el 6 de julio de 2006 (f. 25).
- c. En el folio 24 obra informativo por muerte del soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, en el que se describe lo siguiente:

«[...] a.- Los hechos ocurrieron el 6 de julio de 2006 a las 23:45 horas, en la vereda San Rafael, del municipio de Arauquita (Aruaca), luego de realizar un desplazamiento con el pelotón y tomar el dispositivo de

¹⁵⁰ Según información de la página <https://wsp.registraduria.gov.co/certificado/mensaje.aspx>, la cédula de ciudadanía 5724342, con fecha de expedición del señor Horacio Melendez Cepeda se canceló por muerte mediante Resolución 4477 del 15 de mayo de 2013.

seguridad el soldado regular MELÉNDEZ OCHOA JORGE LUIS realiza una llamada por celular y al término de ella le informa al soldado regular Gómez Ramírez José Antonio que había hablado con la novia. El mencionado soldado le informó al cabo primero Garzón Hincapié Yolman comandante de la sección, que el soldado Meléndez Ochoa Jorge estaba actuando de una forma extraña y en esos momentos se escuchó un disparo. Inmediatamente el comando del pelotón verifica lo sucedido y encuentra al soldado muerto tirado en el piso. De acuerdo con el levantamiento del cadáver realizado por el Juzgado 47 de Instrucción Penal Militar, el cadáver se encuentra con la trompetilla del fusil introducida unos 15 centímetros aproximadamente dentro del maxilar inferior y un orificio de salida en la parte superior del cráneo.

b. IMPUTABILIDAD: De acuerdo al decreto 2728 de 1968, artículo 8, la muerte del extinto Soldado Regular MELÉNDEZ OCHOA JORGE LUIS, (...) ocurrió en: **MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD** [...]» (negritas del texto original)

- d. Por medio de Oficio de 18 de julio de 2006, la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional le informó a los progenitores del causante sobre el deceso y les dio a conocer los requerimientos para solicitar las prestaciones sociales por muerte (ff. 104 y 105).
- e. En el folio 106 obra certificado expedido por el jefe de atención al usuario donde consta que el soldado Jorge Luis Meléndez Ochoa se encuentra retirado mediante Oficio OAPEJC 1070 con novedad fiscal 20060706 por muerte simplemente en actividad, con un tiempo de servicios de 1 año, 10 meses y 13 días.
- f. Según el formulario de solicitud de prestaciones sociales por muerte que obra en el folio 118, los señores Horacio Meléndez y Pastora Ochoa manifestaron que Jorge Luis Meléndez Ochoa era soltero, sin hijos y dependían económicamente de él.
- g. De conformidad con la declaración extrajuicio rendida por Pastora Ochoa Osorio y Horacio Meléndez Cepeda ante la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga de fecha 11 de agosto de 2006, su ocupación era ama de casa y jornalero, respectivamente, dependían económicamente de su hijo y

aquel no tenía vínculo conyugal ni marital de hecho y tampoco descendencia (f. 138).

- h. Por medio de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 la entidad ordenó el reconocimiento y pago de una compensación por muerte por valor de \$16.299,600.00, para los padres del causante, es decir que a cada uno le correspondió un valor de \$8.149.800.00. (ff. 159 y 160).
- i. La entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, mediante la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012 (ff. 17 y 18), con base en los siguientes argumentos:

«[...] Que el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, consagra: “(...) **A la muerte de un soldado o grumete en servicio por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo caso corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.**”(sic)

Que mediante resolución No. 62989 del 16 de marzo de 2007, expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, a sus beneficiarios legales les fue reconocida una compensación por muerte. (folio 42).

Que teniendo en cuenta las normas antes citadas se puede concluir en forma clara, que por el fallecimiento del Soldado Regular MELÉNDEZ OCHOA JORGE LUIS, no se generó el derecho a la pensión a favor de PASTORA OCHOA OSORIO, toda vez que el Soldado Regular falleció simplemente en actividad, no cumpliéndose por ende con los presupuestos de orden legal para tal efecto.[...]» (negritas del texto original)

- j. El anterior acto fue confirmado por la Resolución 6087 del 15 de agosto de 2012, suscrita por la directora administrativa y la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, con fundamento en los mismos razonamientos expuestos inicialmente (ff. 19 y 20).

- **Régimen aplicable**

216. De lo anterior se colige que en el presente caso y, en virtud de la regla de favorabilidad fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender el artículo 46 *ibidem*, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, después de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 de la misma, de la siguiente manera «e.) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste», en porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 48 *ejusdem*, en cuanto prevé:

«El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

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

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

217. Tal interpretación se acompasa además con el principio de universalidad que destaca en el Sistema de Seguridad Social, frente al cual la Corte Constitucional manifestó:

«El principio de universalidad representa uno de los componentes esenciales del sistema de seguridad social y se encuentra íntimamente vinculado al principio constitucional de igualdad. Este precepto persigue la satisfacción del amparo que otorga la seguridad social a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de la vida y sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, origen

nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición económica, física o mental.»¹⁵¹

218. **Segundo.** En relación con el segundo problema jurídico la Sala sostendrá la siguiente tesis: La señora Pastora Ochoa Osorio cumple con los requisitos para la pensión de sobrevivientes del régimen general de pensiones conforme pasa a exponerse.

Verificación de requisitos

- Cotizaciones mínimas

219. De acuerdo con lo señalado en precedencia, en virtud del artículo 19 de la Ley 352 de 1997 quienes prestan el servicio militar obligatorio son afiliados no cotizantes al régimen de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por lo que no sería dable exigirles el requisito mínimo de cotización al que hace alusión el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, empero, sí es viable que durante tal término hayan sido afiliados al sistema, por las razones que pasan a explicarse:

220. En primer término, toda vez que la ley le da beneficios a los afiliados así no sean cotizantes. Es así, como el tiempo de prestación del servicio militar es computado para efectos pensionales (artículo 40 de la Ley 48 de 1993).

221. En segundo lugar, en atención a que la pensión de sobrevivientes no es una prestación de aquellas que provienen de un capital suficiente para su financiación, sino de un sistema de aseguramiento del riesgo por fallecimiento del afiliado, tal como se expuso en precedencia, por lo que no es absolutamente imprescindible una cotización mínima.

222. En tercer lugar, por cuanto una interpretación sistemática de las normas que regulan a quienes se encuentran vinculados en virtud del deber constitucional de prestación del servicio militar obligatorio, permite concluir que ninguna de las prestaciones consagradas en su favor en el Decreto 2728 de 1968, la Ley 447 de 1998¹⁵² y el Decreto 4433 de 2004¹⁵³ están supeditadas al sistema de

¹⁵¹ Sentencia T-774 de 2015.

¹⁵² Artículo 1.

cotizaciones, sino solamente a la afiliación.

223. Ahora bien, de acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada, el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa estuvo vinculado al Ejército Nacional por más de 50 semanas, desde el 11 de enero de 2005¹⁵⁴ hasta el 6 de julio de 2006, lo que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 implica que estuvo **afiliado** al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por el tiempo mínimo exigido por la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, cumpliendo así el requisito necesario para el efecto.

- **Ausencia de otros beneficiarios**

224. De conformidad con los documentos que obran en los folios 118 y 138, el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa no tuvo hijos, no contrajo matrimonio ni tenía compañera permanente, información que no contravirtió la parte demandada.

- **Parentesco**

225. La demandante demostró el parentesco con Jorge Luis Meléndez Ochoa, con el registro civil de su fallecido hijo.

- **Dependencia económica**

226. En relación con este requisito es pertinente hacer las siguientes precisiones:

227. La Corte Constitucional, en la sentencia C-111 de 1996, al estudiar la exequibilidad de la expresión «de forma total y absoluta», contenida en el requisito de dependencia económica de los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, consideró que esta exigencia es conducente y adecuada para el

¹⁵³ Artículo 34.

¹⁵⁴ Según lo indica la parte considerativa de la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012 (ff. 17 y 18).

logro de un fin constitucionalmente válido, esto es, el de *limitar y restringir el universo de padres con derecho a reclamar esa prestación, a fin de asegurar la estabilidad económica del sistema de seguridad social en pensiones*. Esto por cuanto el legislador eligió un sistema de aseguramiento del riesgo financiado por un fondo común¹⁵⁵ y no en la acumulación de un capital que permita financiar una pensión, aspecto que se estudió en la sentencia C-617 de 2001.

228. En ese orden, la medida está orientada a constatar la suficiencia o no de recursos del núcleo familiar de manera que se les asegure una vida en condiciones dignas. No obstante, esto no conlleva la necesidad de demostrar que se carece por completo de recursos, pues tal interpretación desconoce el principio de proporcionalidad, al sacrificar derechos de mayor entidad, como los del mínimo vital y el respeto a la dignidad humana y los postulados constitucionales de solidaridad y protección integral a la familia.

229. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación¹⁵⁶ 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. [...]».

230. Frente a esta figura, la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 reiteró: «[...]: (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».

231. 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

¹⁵⁵ Artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵⁶ 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.

las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

232. En el asunto bajo estudio obran dos documentos en los cuales la demandante afirma que dependía económicamente del causante. Por una parte, el formulario de solicitud de prestaciones sociales por muerte en el folio 118, y por otra, la declaración extrajuicio rendida ante notario que reposa en el folio 138, ambos documentos suscritos también por el señor Meléndez.

233. De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa contribuyó, en vida, al soporte económico de su hogar materno y paterno, situación que se vio afectada con su deceso, de manera que este requisito se encuentra plenamente acreditado con la prueba documental antes mencionada, la cual no fue controvertida por la demandada.

234. No pasa por alto la Sala que en la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 se reconoció al señor Horacio Meléndez Cepeda como beneficiario en condición de padre del causante, y que este no se hizo parte dentro del proceso, situación frente a la cual, consultado el SISPRO¹⁵⁷ se advierte que aparece como «afiliado fallecido» en el régimen subsidiado de salud e inactivo en las demás afiliaciones, con lo cual se deduce que no recibirá la pensión que se ordena reconocer.

Salario base de liquidación

235. En consecuencia, dado que el señor Jorge Luis Meléndez Ochoa (q.e.p.d.) prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 1 año, 5 meses y 26 días el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, según lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que textualmente prescribe:

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por

¹⁵⁷ En <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/Documentos/de216ced-1729-4654-a103-28def5e6fe38.PDF>, esta es la información que se verifica:

AFILIACIÓN A SALUD					Fecha de Corte: 2017-12-31
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Municipio de Afiliación
SALUD: SUBSIDIADO	SALUDVIDA SA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD	2009-12-14	Afiliado Fallecido		MATANZA

ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el 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.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»

236. Conviene precisar que la Ley 48 de 1993 en el artículo 39 literal a.) concedió a los conscriptos el derecho a devengar una bonificación mensual¹⁵⁸, sin embargo, el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 dispuso que frente a tal valor no se realizarían cotizaciones. Por lo anterior, y para efectos de liquidar la mesada pensional decretada, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, determina que en ningún caso el ingreso base de cotización puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente¹⁵⁹.

237. Esto en consonancia, con lo que ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación respecto a cuál debe ser el monto de la prestación para el caso de los conscriptos. En efecto, en concepto con radicación 11001-03-06-000-2001-01397-00 (1397), se expuso lo siguiente:

«Para efectos de la liquidación de las cotizaciones para pensiones, ante la evidencia de que la ley no fijó remuneración durante el tiempo de prestación del servicio militar, considera la Sala que debe ser el salario

¹⁵⁸«ARTÍCULO 39. Durante la prestación del servicio militar. Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:

[...]

A) Desde al día de su incorporación hasta la fecha del licenciamiento, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar **y disfrutará de una bonificación mensual**. Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado regular y campesino, de una dotación de vestido civil;[...]» Negrilla fuera del texto.

¹⁵⁹ «ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y párrafos modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. (El artículo 5 de la Ley 797 de 2003 transcribe todo el artículo). El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual. [...] En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. [...]»

mínimo legal mensual el que se debe tener en cuenta, atendiendo que este elemento sirve de referencia al legislador no sólo para la liquidación de las pensiones y la base de las cotizaciones -los artículos 18 y 35 de la Ley 100 de 1993, respecto de la base de cotización y del monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación, disponen que en ningún podrán ser inferiores al monto del salario mínimo legal mensual vigente-, sino de las propias prestaciones de los conscriptos, como ocurre con la subvención de transporte dada al colombiano que se encuentre prestando servicio militar obligatorio equivale al 100% del salario mínimo mensual vigente (artículos 39.b. de la ley 48 de 1993 y 44.b) del Decreto 2048 de 1993) y con la “...última bonificación -la cual será el equivalente a un salario mínimo mensual vigente.” (Artículo 39.f de la Ley 48 de 1993)»

238. Por otra parte, en lo que se refiere al término de prescripción, debe señalarse que al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el cual como se dijo, debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, es decir, en relación con las mesadas pensionales a reconocer, es **el trienal**, conforme se explicó anteriormente. Así las cosas, el reconocimiento tendrá efectos a partir del 13 de julio de 2008, dado que la petición se presentó el 13 de julio de 2011¹⁶⁰.

239. **Tercero.** En relación con el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa en los términos del Decreto 2728 de 1968, la Sala precisa que ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento, el cual deberá efectuarse de conformidad con lo señalado en las reglas de unificación.

En conclusión:

240. La demandante, en su calidad de madre del soldado regular Jorge Luis

¹⁶⁰ Así se señala en la parte motiva de la Resolución 1561 del 26 de abril de 2012.

Meléndez Ochoa, quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen especial de prestaciones por muerte en simple actividad de los soldados regulares, no consagra dicha prestación.

241. Así mismo, en consideración a que acreditó los requisitos establecidos por el régimen general debe reconocérsele este derecho en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación, el cual en este caso, será el señalado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, a partir del 13 de julio de 2008 por prescripción trienal.

242. A su vez, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se debe ordenar el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la señora Pastora Ochoa Osorio, por virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa, en los términos del Decreto 2728 de 1968, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cubierta con el reconocimiento pensional que se ordena. Tal descuento deberá ser proporcional a lo recibido por la demandante, tal como se indicó en las regla de unificación.

3. Extensión de la decisión que aquí se adopta

243. 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.

244. A su turno, el artículo 270 *ejusdem* 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.

245. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de sentar 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.

246. Así las cosas, la autoridad administrativa deberá reconocer a los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes consagrada en los artículos 46 y siguientes *ejusdem*, siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos por el régimen general para efectos del reconocimiento de dicha prestación, esto es, número de semanas de afiliación¹⁶¹ y dependencia económica, en los casos que así se prevea. El reconocimiento de tal prestación se sujetará a las siguientes reglas:

- 1) Deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.
- 2) Para efectos de calcular el monto de la pensión habrá de dar aplicación a lo previsto en el artículo 48 *ibidem*
- 3) El ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 del régimen general.
- 4) Deberá descontar el valor de la compensación por muerte de conformidad con las reglas de unificación señaladas en esta providencia.

¹⁶¹ Afiliación y no cotización según se expuso en el acápite de verificación de requisitos, cotizaciones mínimas de esta providencia.

4. Decisión de segunda instancia

247. Por las razones que anteceden se revocará la sentencia de primera instancia proferida el 27 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión Oral, que denegó las súplicas de la demanda formulada por la señora Pastora Ochoa Osorio en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional. En su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Pastora Ochoa Osorio a partir del 13 de julio de 2008.

248. Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

249. Así mismo, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se ordenará el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la señora Pastora Ochoa Osorio, por virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa.

5. Reconocimiento de personería

250. Se reconocerá a la abogada Claribel Cubillos Mancipe, con cédula de ciudadanía 52.533.967 de Bogotá y tarjeta profesional 179.591 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la señora Pastora Ochoa Osorio, en los términos y para los efectos de la sustitución conferida a folio 254 del expediente.

6. De la condena en costas

251. De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Sección¹⁶², en el presente caso se condenará en costas de ambas instancias a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, de acuerdo con el ordinal 4.º del artículo 365 del CGP, las cuales serán liquidadas por el *A quo*.

252. 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: Sentar jurisprudencia con fines de unificación del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. 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, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011¹⁶³.
2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con

¹⁶² Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A del 7 de abril de 2016 Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁶³ «dame el hecho y te daré el derecho».

posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cobija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.
4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.
5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.
6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.

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

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.

Tercero: 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.

Cuarto: Revocar la sentencia de primera instancia proferida el 27 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión Oral que denegó las súplicas de la demanda formulada por la señora Pastora Ochoa Osorio en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

En su lugar, se dispone:

Declarar la nulidad de las Resoluciones 1561 del 26 de abril de 2012 y 6087 del 15 de agosto de 2012 proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Ordenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional reconocer y pagar a la señora Pastora Ochoa Osorio la pensión de sobrevivientes en la forma establecida en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de julio de 2008.

Las sumas resultantes a favor del demandante, se ajustarán en su valor, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente decisión.

De los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se debe realizar el descuento, debidamente indexado, de lo pagado por la entidad demandada a la señora Pastora Ochoa Osorio, por virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte

de Jorge Luis Meléndez Ochoa, de conformidad con las reglas de unificación precitadas.

Quinto: Condenar en costas de ambas instancias a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, de acuerdo con el ordinal 4.º del artículo 365 del CGP, las cuales serán liquidadas por el *A quo*.

Sexto: Reconocer personería a la abogada Claribel Cubillos Mancipe, con cédula de ciudadanía 52.533.967 de Bogotá y tarjeta profesional 179.591 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la señora Pastora Ochoa Osorio, en los términos y para los efectos de la sustitución conferida a folio 254 del expediente.

Séptimo: 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 sesión¹⁶⁴.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Ausente con excusa

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Relatoría: JORM/Lmr.

¹⁶⁴ Antefirmas en el orden alfabético del primer apellido.