



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 13001-23-33-000-2015-00702-01 (1100-2020)  
**Demandante:** BRILLITH TEHERÁN GÓMEZ  
**Demandada:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL,  
EJÉRCITO NACIONAL

**Temas:** Improcedencia de la aplicación del artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968 a soldado profesional de las Fuerzas Militares. Ascenso póstumo. Nivelación pensión de sobrevivientes.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

**Ley 1437 de 2011**

**O-033-2022**

**ASUNTO**

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 26 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

La señora Brillith Teherán Gómez en nombre propio y en representación de su hijo Mateo Gaviria Teherán, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011<sup>1</sup>, formuló en síntesis las siguientes:

**Pretensiones (Folios 1 a 3)**

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
  - Resolución 182651 del 5 de septiembre de 2014 que ordenó el pago de las prestaciones sociales por muerte y no concedió el ascenso póstumo del soldado profesional fallecido Gayber Gabriel Gaviria Ortiz.
  - Resolución 4849 del 25 de septiembre de 2014, mediante la cual se reconoció pensión de sobrevivientes y se omitió el ascenso póstumo del causante.
  - Oficio 20155620347941 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 20 de abril de 2015, que negó el ascenso póstumo al extinto soldado profesional Gaviria Ortiz.

<sup>1</sup> «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



2. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar a la señora Brillith Teherán Gómez pensión de sobrevivientes, en su calidad de cónyuge supérstite del soldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz, como «cabo tercero», así como los 48 meses de haberes y el doble de las cesantías correspondientes al mencionado grado.
3. Conminar a la parte pasiva pagar las mesadas retroactivas a partir del 24 de mayo de 2014, por valor de \$24.502.800.
4. Ordenar a la entidad demandada que las sumas reconocidas sean debidamente actualizadas, al tenor de lo previsto en el artículo 187 del CPACA y condenar en costas a la parte pasiva.

### **Supuestos fácticos relevantes de la demanda (Folios 3 a 5)**

1. El hogar de la señora de la señora Brillith Teherán Gómez estaba conformado por su esposo Gayber Gabriel Gaviria Ortiz y el hijo de los dos, Mateo Gaviria Teherán.
2. El señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz se vinculó el 1.º de enero de 2008 al Ejército Nacional, Brigada Móvil 18, Batallón de Combate Terrestre 10, como soldado profesional. Con el salario percibido suplía las necesidades básicas de su familia.
3. El soldado Gaviria Ortiz falleció el 29 de mayo de 2014 por «acción directa el enemigo», en combate con las ONT FARC, por tal motivo, se debió dar aplicación al artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968.
4. Como consecuencia de lo anterior, la entidad demandada expidió Resolución 182651 del 5 de septiembre de 2014, a través de la cual ordenó el pago de las prestaciones por muerte a favor de la libelista.
5. Posteriormente, por medio de Resolución 4849 del 25 de septiembre de 2014, reconoció pensión de sobrevivientes a la demandante, empero negó el ascenso póstumo en el grado de «cabo tercero».
6. La demandante elevó petición ante la parte pasiva, tendiente al ascenso póstumo de su esposo fallecido el señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz, empero, le fue negada mediante Oficio 20155620347941 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 20 de abril de 2015.

### **DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»<sup>2</sup>, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de

<sup>2</sup> Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

**Fecha de la audiencia inicial:** 21 de junio y 11 de julio de 2017.

### **Resumen de las principales decisiones**

#### **Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

«La demandada en el escrito de contestación, propuso las excepciones de presunción de legalidad del acto acusado, cobro de lo no debido, buena fe, innominada y la de falta de competencia tanto por el factor territorial como funcional.

De las excepciones propuestas por la parte accionada, de acuerdo con el art. 100 del C.G.P., aplicado por remisión expresa del art. 306 de la ley (sic) 1437 de 2011, solo se considera previa la de falta de competencia por factor territorial como funcional.

#### **Falta de competencia por el factor territorial como funcional**

[...] El artículo 156 de la ley (sic) 1437 de 2011, contiene la determinación de la competencia por el factor territorial la cual dispone que: [...].

De la norma en cita nos encontramos en que existen dos premisas que nos arrojan a diferentes conclusiones, la cual en caso sub examine, se debe aplicar el numeral 2 del art. 156 de la ley (sic) 1437 de 2011, con base en el art. 229 constitucional, debido a que la actora tiene su domicilio en esta ciudad, y así garantizarle el acceso a la administración de justicia, además la accionada tiene dominio en el territorio.

**Se declara no probada la excepción.**

#### **Excepciones de fondo**

##### **CADUCIDAD**

El despacho, considera pertinente hacer el estudio de la caducidad de la resolución (sic) n° 182651 del 05 de septiembre de 2014, por la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías definitivas con fundamento en el expediente n° 217252 de 2014, pero en vista que no se vislumbra claramente la ejecutoria de esta, abre a pruebas la excepción, con base al numeral 6 del artículo 180 de la ley (sic) 1437 de 2011.

En consecuencia por secretaria (sic) ofíciase al Ejército Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales, para que en el término de 5 días siguientes al recibido del oficio, con destino a este proceso, copia auténtica (sic) o autenticada de la constancia de notificación y fecha de ejecutoria de la resolución (sic) 182651 del 05 de septiembre de 2014.». (Negrillas y subrayas del texto original). (Folios 126 vuelto a 127 vuelto y cd visible a folio 128 del expediente).

Reanudada la audiencia inicial en el saneamiento del proceso, se señaló lo siguiente:

«[...] En audiencia inicial celebrada el 21 de junio de 2017, el despacho abrió a la prueba la excepción de caducidad estudiada de oficio, para la cual se ordenó oficial al Ejército Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales, para que en el término (sic) de 5 días remitiera con destino a este proceso copia auténtica de la constancia de notificación y fecha de ejecutoria de la Resolución 182651 del 05 de septiembre de 2014, la cual no fue allegada.

Siendo así las cosas al no estar en este momento procesal la prueba idónea para resolver esta excepción, su estudio se postergará para la sentencia, con la



advertencia de que si persistiere la duda respecto a la caducidad de la resolución en mención esta será favorable a la demandante.

Manifestado lo anterior se prosigue con el agotamiento de las etapas contempladas en el art. 180 de la ley (sic) 1437 de 2011.». (Folio 131 vuelto y cd visible a folio 133 del plenario).

### **Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] *La controversia se contrae a establecer si le asiste la razón a la actora de que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército (sic), el reconocimiento y pago de cesantías, pensión, salarios y mesadas retroactivas como cónyuge supérstite, con el rango de cabo tercero del señor GAYBER GABRIEL GAVIRIA ORTIZ y no como le fue reconocido, (soldado profesional).*». (Folios 131 vuelto a 132 y cd visible a folio 133 del expediente).

Se notificó la decisión en estrados y las partes manifestaron estar de acuerdo.

### **SENTENCIA APELADA (Folios 148 a 155)**

El *a quo* profirió sentencia escrita el 26 de agosto de 2019, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal de primera instancia inicialmente analizó el marco normativo de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados profesionales fallecidos en combate, para indicar que en principio estos miembros tuvieron derecho al ascenso póstumo pero sin que concurriera el derecho a la pensión, situación diferente es que el Consejo de Estado a la luz del principio de favorabilidad aplicara el Decreto 1211 de 1990, especialmente en relación con el reconocimiento de la prestación en comento y el respectivo ascenso póstumo.

A partir de los medios de prueba documentales aportados a la actuación, afirmó que el exsoldado profesional falleció el 29 de mayo de 2014, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que dicha norma no constituye su régimen pensional, dada la fecha de vinculación al Ejército Nacional, aunado a la derogatoria que se plantea con la expedición de los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004, los que constituyen las disposiciones que gobiernan la prestación reclamada y que no consagran el derecho al ascenso póstumo.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia concluyó que los cargos de nulidad esgrimidos en contra de los actos administrativos demandados no prosperaban, habida cuenta de que se originaron en las regulaciones que debían fundarse, en consecuencia, era procedente denegar las pretensiones de la demanda. Finalmente, condenó en costas a la libelista.

### **RECURSO DE APELACIÓN (Folios 158 a 162)**

La **parte demandante** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada para acceder a las pretensiones de la demanda. Para ello manifestó que, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación respecto del reconocimiento de la pensión de



sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los «soldados voluntarios» que pueden acceder a la prestación en comento conforme a los artículos 184 del Decreto 095 de 1989 o 189 del Decreto 1211 de 1990, ello teniendo en cuenta que ese es el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho al que se refiere la norma.

Al respecto, citó apartes jurisprudenciales del fallo en mención con el fin de señalar que el ascenso póstumo era un reconocimiento con carácter honorífico para aquellos miembros de las Fuerzas Militares que han desplegado acciones de carácter excepcional al servicio de la patria, de allí que lo pretendido por dicha figura es enaltecer el mayor sacrificio que un miembro militar pueda realizar.

De esta forma, advirtió que dado que el soldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz falleció en combate, se le debe aplicar el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968 y por tanto, adquirir el grado de suboficial póstumamente y ser cobijado por el literal d), artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, motivo por el cual debe revocarse la sentencia proferida en primera instancia.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **entidad demandada (índice 10 SAMAI)**: solicitó se confirme la sentencia apelada, toda vez que al demandante no le son aplicables los beneficios que contemplaba el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, porque dicha norma no constituye su régimen pensional, dada la fecha de su vinculación al Ejército Nacional, agregó que tampoco hay lugar a utilizar el principio de favorabilidad toda vez que la disposición que rige su situación es el Decreto 4433 de 2004.

La **parte demandante (índice 13 SAMAI)**: reprodujo los argumentos esbozados en el recurso de apelación e insistió en que, el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968 no ha sido derogado expresamente ni de forma tácita, en razón a que no se opone a los Decretos 1793 y 1794 del 2000 o 4433 de 2004. Sobre este punto, argumentó que «el artículo 19.2 de ésta última normativa no hizo alusión al ascenso póstumo, como sí se observa en el artículo 19.1, o que el efecto útil de aquel implica que ese beneficio no existe»; empero, aceptar esas interpretaciones llevaría a vulnerar el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional.

Aludió que los soldados profesionales hacen parte de la planta de personal del Ejército Nacional y su situación laboral está regulada legal y reglamentariamente, lo cual los asemeja a los oficiales y suboficiales, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia que ha extendido los efectos del Decreto 1211 de 1990 a su favor; razón por la cual no resulta justificable un trato menos favorable, máxime si se tiene en cuenta la causa del fallecimiento del señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial visible a folio 173 del plenario.

### CONSIDERACIONES

#### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del



Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación. En el presente caso solo lo presentó, la parte demandante.

### Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿La señora Brillith Teherán Gómez en su calidad de cónyuge supérstite del soldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz, quien falleció en combate el 29 de mayo de 2014, tiene derecho al ascenso póstumo al grado de suboficial a la luz de lo preceptuado en el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, y como consecuencia de ello, a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, 48 meses de haberes y pago doble de las cesantías?

Como tesis frente a este cuestionamiento, la Subsección sostendrá la siguiente: a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación y pago de la pensión de sobrevivientes con las prestaciones deprecadas con ocasión del ascenso póstumo del exsoldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no rige la situación salarial y prestacional del causante, conforme pasa a explicarse.

#### ➤ Régimen de prestaciones por muerte de los soldados voluntarios y profesionales

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

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

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

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

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

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

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



Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000<sup>3</sup>, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, contentivo del régimen de carrera y estatuto militar de una nueva categoría de personal al interior de las Fuerzas Militares a la que se dio el nombre de soldados profesionales.

En los términos del artículo 1.º del Decreto 1793 de 2000, **los soldados profesionales** son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

El artículo 5.º del decreto *ibidem* previó la posibilidad de que se vincularan en condición de soldados profesionales los aspirantes que por primera vez pretendían ingresar al servicio militar pero también quienes venían desempeñándose como soldados voluntarios, últimos que podrían solicitar su incorporación en calidad de tal. Para el efecto, el párrafo de dicha norma dispuso lo siguiente:

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

Ahora bien, es importante anotar que a través de las Órdenes Administrativas de Personal 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa previó la conversión obligatoria de los soldados voluntarios al régimen de carrera de soldados profesionales instaurado por el Decreto 1793 de 2000, de manera que aquellos que *motu proprio* no se habían acogido a dicha categoría, en todo caso, quedaron sujetos a ella al señalar de tal forma una transición generalizada.

En lo que respecta al régimen salarial y prestacional del soldado profesional, el artículo 38 *eiusdem* señaló que el Gobierno Nacional debería expedirlo con base en lo dispuesto en la Ley 4.<sup>a</sup> de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, lo cual se efectuó a través del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000<sup>4</sup>. En lo que tiene que ver con el ámbito de aplicación de esta última norma, su artículo 42 previó que cobijaría tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

#### ➤ **Régimen de prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares muertos en combate**

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

<sup>3</sup> Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

<sup>4</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.



obligatorio, como se expone a continuación.

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

«Artículo 8. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. [...]».

Tal norma se refirió de manera genérica a los soldados y grumetes por lo que no hay razón alguna para que la misma no pueda ser aplicada a los soldados voluntarios, habida cuenta de que donde el legislador no distinguió, el intérprete se debe abstener de hacerlo<sup>5</sup>.

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

Para efectos del estudio es conviene señalar que, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983, se profirió el Decreto 89 de 1984, a través de la cual se reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. El capítulo V de la aludida norma previó lo relativo a las prestaciones por muerte, y específicamente para la muerte en combate, señaló:

«Artículo 181. Muerte en combate. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la Muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, por hechos inherentes al combate o -por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

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

<sup>5</sup> En este sentido, se pronunció la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación SU- CE-SUJ-SII-013-2018 del 4 de octubre de 2018. Los temas que desarrolló esta providencia fueron los siguientes: «Pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002/ régimen aplicable/ compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. procedencia o no de descuentos/ término de prescripción medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho. ley 1437 de 2011».



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

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

El 11 de enero de 1989 se expidió el Decreto 95, «por el cual se reformó nuevamente el Estatuto de Carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares», normativa que en lo que respecta a las prestaciones por muerte incluyó el derecho a la asignación de retiro para todos los miembros de la Fuerza Pública fallecidos en combate, independientemente del tiempo que llevaran en servicio y tan solo con diferencias en la cuantía de la prestación, como pasa a evidenciarse:

«**Artículo 184. MUERTE EN COMBATE.** A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 153 de este Decreto;
- b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante;
- c) Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.
- d) Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio su cónyuge e hijos tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 153 de este Decreto. [...]».

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

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

- a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido



al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

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

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

«Artículo 1. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.M.M. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.».

Posteriormente, se expidió el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en el cual tampoco se previó una pensión de sobrevivientes para este personal.

Más adelante, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 señaló normas, objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y en cuanto a la pensión de sobrevivientes la señaló como uno de los elementos mínimos del marco pensional de dicho personal, y en el artículo 3.º, fijó para dicha prestación los siguientes elementos:

«3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio.

En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.»



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

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

«**Artículo 19. Muerte en combate.** A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

**19.1. Para Oficiales y Suboficiales:**

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

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

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

**19.2. Para Soldados Profesionales:**

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

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto». (Negritas del texto original, subrayas de la Sala).

Por su parte, en el artículo 22 se reguló lo relativo a las pensiones de sobrevivientes de los soldados profesionales que se incorporaron a partir de la entrada en vigencia del Decreto ley 1793 de 2000, entendiendo por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

Del anterior estudio, es importante destacar que solo a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 se consagró expresamente el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios de los soldados profesionales, previo a ello existía un vacío normativo en la materia.

De igual manera, la Subsección concluye que los beneficios contemplados en el Decreto 2728 de 1968 en favor de los soldados muertos en combate, tales como el ascenso póstumo, el pago doble de las cesantías definitivas y



la indemnización por muerte, tenían como propósito compensar de alguna forma la precaria protección que se generaba para sus beneficiarios fruto de la ausencia de consagración de una pensión de sobrevivientes. Sin embargo, tal situación quedó remediada al expedirse el mencionado Decreto Ley 4433<sup>6</sup>.

➤ **Alcance de la Ley marco 923 de 2004 y del Decreto Ley 4433 de 2004**

A partir de la Constitución de 1991, el régimen prestacional de la Fuerza Pública es una materia que debe ser definida, de manera concurrente, por el legislativo y el ejecutivo, a través de una ley marco y los decretos expedidos en ejercicio de la facultad reglamentaria especial y ampliada de este último. Así lo establece el artículo 150 superior cuando preceptúa que:

«[...] Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar las normas generales y señalar 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 de la fuerza pública.

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. [...]».

En ejercicio de dicha competencia, el legislador expidió la Ley 4.<sup>a</sup> de 1992, cuyo artículo 1.<sup>o</sup> facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, con sujeción a las normas, criterios y objetivos allí contenidos, últimos entre los cuales el artículo 2 *ibidem* señaló (i) el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, lo que supone la prohibición de desmejorar sus salarios y prestaciones sociales; y (ii) el respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura.

De acuerdo con ello, el artículo 10 *eiusdem* precisó que la expedición de regímenes salariales o prestacionales por parte del gobierno nacional que supongan la transgresión de las directrices y parámetros generales definidos en dicha ley no dan lugar a derechos adquiridos, debiendo entender que ese tipo de disposiciones carecen de todo efecto.

Ahora bien, la Ley 797 de 2003, artículo 17, numeral 3.<sup>o</sup>, revistió al presidente de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley a través de las cuales reformara el régimen pensional de las Fuerzas Militares, a lo que procedió el máximo mandatario con la promulgación del Decreto 2070 de 2003.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-432 de 2004 declaró inexecutable el mencionado numeral 3.<sup>o</sup> y el Decreto 2070 de 2003, por considerar que estas normas, al regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, especialmente, la asignación de retiro, en virtud de facultades extraordinarias, desconocían el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, según el cual, le corresponde al Congreso de la República reglamentar dicha materia a través de leyes marco y no podía hacerlo por medio de una habilitación legal ordinaria. Aquella

<sup>6</sup> En igual sentido se pronunció esta Su sección en sentencia del 17 de octubre de 2019, radicado: 05001-23-31-000-2011-02135-01(1593-19).



decisión implicó la reviviscencia de los preceptos que venían rigiendo antes de su expedición.

En tal pronunciamiento, la Corte Constitucional concluyó que la ley marco debe precisar el «contenido especial o básico» del régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, para lo cual, ha de señalar elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingreso base de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de esa asignación y de otras prestaciones relacionadas.

Por otro lado, al Gobierno, mediante decreto ejecutivo o administrativo, le corresponde reglamentar «los elementos accidentales y variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación»<sup>7</sup>, entre otros.

De acuerdo con ello, el 30 de diciembre de 2004 se expidió la Ley 923, en la que se concretaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

En desarrollo de dicha ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, en el cual reguló los siguientes temas: asignación de retiro, partidas computables, orden de beneficiarios por muerte en servicio activo, sustitución de la asignación de retiro y pensiones, aportes para la asignación de retiro, pensión de sobrevivientes, pensión de invalidez, forma de pago de las asignaciones de retiro y pensiones, compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones, destinación de los aportes y administración de los recursos, contribuciones a las cajas de retiro del personal retirado en goce de asignación de retiro o sus beneficiarios en goce de pensión, mesada adicional de la asignación de retiro, oscilación de la asignación de retiro y pensiones, prescripción de mesadas y constitución de un fondo especial.

Lo anterior evidencia que el Decreto 4433 de 2004 no fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política sino en el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 150 numeral 19 *ibidem*, por lo cual tiene el carácter de decreto reglamentario de ley marco.

Esta circunstancia tiene importantes implicaciones pues frente a esta última actividad reglamentaria, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha coincidido en señalar que se trata de un tipo de facultad especial y ampliada que la Constitución Política le atribuye al Gobierno Nacional con el fin de que complemente las leyes, en los términos definidos por la ley marco, lo cual les confiere la fuerza para modificar o incluso sustituir disposiciones previas con fuerza de ley<sup>8</sup>, dentro de los límites que impone la materia que debe ser objeto de este tipo de regulación.

Ahora bien, si se tiene que la acepción de *régimen* se circunscribe al «conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una

<sup>7</sup> Corte Constitucional sentencia C-432 de 2004.

<sup>8</sup> En este sentido se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 11 de febrero de 2014, radicación 250002327000200700120-02(18456).



actividad»<sup>9</sup>, es plausible concluir que la fijación de aquel comprende la expedición de todas las normas que regulan una determinada materia.

De acuerdo con ello, que al ejecutivo le corresponda determinar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública dentro del límite que determine la ley marco significa que está investido de la potestad de configuración para señalar en detalle cada uno de los elementos propios de aquel y, en consecuencia, que allí queda recogida toda la regulación sobre el asunto.

Por ello es preciso entender que el Decreto 4433 de 2004 comprende el conjunto de normas que rige esta temática específica, tanto en lo que respecta al contenido material o sustancial, relativo a las prestaciones, como al de carácter adjetivo, es decir, el necesario para el adecuado cumplimiento de las previsiones de tipo sustancial; y que, dada su naturaleza, tuvo la virtualidad de sustituir disposiciones preexistentes con rango de ley que estuvieran relacionadas con la materia.

#### ➤ **Tránsito de legislación en materia pensional**

La regla general en asuntos pensionales es que la normativa aplicable sea la vigente para la fecha en que se reúnan los requisitos que permiten acceder a la prestación. En otras palabras, el momento de consolidación plena del derecho es lo que, en principio, determina las disposiciones que han de gobernar una determinada situación fáctica. En el caso de la pensión de sobrevivientes, el estatus pensional se consolida en la fecha de fallecimiento del causante de la prestación.

No obstante lo anterior, esa regla general puede verse exceptuada al menos en tres casos. El primero, en los eventos en que se deroga una ley pero la nueva normativa dispone expresamente la existencia de un régimen de transición a través del cual se protegen las expectativas legítimas de quienes ya tenían un camino recorrido en aras de acceder al derecho en los términos de la legislación anterior.

El segundo de ellos sucede cuando, al momento de causarse el derecho, se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas vigentes que proveen una solución al mismo caso. En estos eventos, 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. Lo anterior en virtud de lo que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamiento.

Finalmente, aparece el fenómeno de la retrospectividad de la ley, que al igual que el primer supuesto aplica en el caso de un tránsito normativo, suponiendo la posibilidad de que la nueva norma gobierne situaciones fácticas y jurídicas que han estado reguladas por la disposición precedente pero que siguen en curso puesto que no se han consolidado para el momento en que aquella entra en rigor. La finalidad que pretende satisfacer esta figura es que las personas puedan beneficiarse con la aplicación de una nueva norma que propende por la garantía de derechos ligados al concepto de dignidad humana y a la superación de situaciones de desigualdad y marginación.

Específicamente en materia de pensión de sobrevivientes, es necesario traer a colación lo sostenido en sentencia del 25 de abril de 2013 por la Sección

<sup>9</sup> <https://dle.rae.es/?id=ViiZ39k>



Segunda de esta Corporación<sup>10</sup>, en la que consideró que la ley que resulta aplicable en este caso es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho, esto es, en la fecha en que se produjo la muerte. Al respecto, señaló:

«[...] La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho. **El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.** La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:  
[...]

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

Lo anterior, permite concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las consideraciones antes expuestas. [...]». (Negritas de sala).

Por lo expuesto, la Sección precisó que en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes se debe aplicar la ley vigente al momento en que se habría causado el derecho, es decir, la que rige a la fecha del fallecimiento del causante.

- **Es improcedente la aplicación del artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968 al extinto soldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz y por tanto no es dable el reconocimiento de las prestaciones deprecadas por la demandante**

De conformidad con el marco legal y jurisprudencial descrito, la Sala advierte que en atención al material probatorio recaudado y practicado a lo largo del proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Acorde con el registro civil de matrimonio los señores Brillith Teherán

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2013, radicado: Expediente N° 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09). Tesis que ha sido pacífica por esta Subsección en sentencias del 4 de marzo de 2021, radicado: 18001-23-33-000-2016-00218-01(4437-19); del 15 de julio de 2021, radicado: 25000-2342-000-2013-05692-01(2433-17), entre otras.



Gómez y Gayber Gabriel Gaviria Ortiz contrajeron nupcias el 26 de enero de 2013 (folio 16).

- De dicha unión nació Mateo Gaviria Teherán el 25 de noviembre de 2013 (folio 17).
- Según hoja de servicios 3-1049825282 del 2 de julio de 2014 expedida por la entidad demandada, el señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz prestó sus servicios al Ejército Nacional por un lapso de 7 años y 20 días, con la inclusión de la diferencia de año laboral, como soldado profesional, esto es entre el 1.º de enero de 2008 y el 29 de mayo de 2014 (folio 78 anverso y reverso).
- Conforme con el certificado de defunción, el señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz falleció el 29 de mayo de 2014 (folio 18).
- Con ocasión de dicho suceso, en el Informe Administrativo por Muerte 002 sin fecha del año 2014, suscrito por el comandante del Batallón de Combate Terrestre 105 (folio 19), se indicó lo siguiente:

«[...] De acuerdo con el informe suscrito por el señor **Mayor NARVAEZ (SIC) ROZCO GUSTAVO** [...] Cde del Batallón de Combate Terrestre No. 105 el día 29 de mayo de 2014 siendo aproximadamente las 05:45 horas, durante combate de encuentro y en cumplimiento de la operación “ENIGMA II” orden de operaciones “MARTE”, el Soldado Profesional GAVIRIA ORTIZ GAYBER GABRIEL CC. 1.049.852.282, recibe impacto de arma de fuego a la altura del brazo y al parecer asesinado (sic) por caída de parte alta ocasionándole la muerte de forma instantánea. En el sector vereda (sic) las (sic) brisas (sic), municipio (sic) de Ituango (Antioquia), en coordenadas aproximadas [...], al ser atendido por el enfermero de combate para brindarle los primeros auxilios al Soldado Profesional GAVIRIA ORTIZ GAYBER GABRIEL ya se encontraba sin signos vitales.

IMPUTABILIDAD: La muerte del señor Soldado Profesional GAVIRIA ORTIZ GAYBER GABRIEL CC. 1.049.852.282, de acuerdo al Decreto 4433 de 2004. Artículo 19: muerte en combate.». (Negrillas, subrayas y mayúsculas conforme a la transcripción).

- En virtud de lo anterior, por Resolución 182651 del 5 de septiembre de 2014, el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, le liquidó a la señora Brillith Teherán Gómez en su calidad de cónyuge superviviente del causante y como representante del menor Mateo Gaviria Teherán, las cesantías definitivas por valor de \$331.841 (folios 20 a 23).
- Posteriormente, a través de Resolución 4849 del 25 de septiembre de 2014 la Secretaría General del Ministerio de Defensa, le reconoció a la demandante y a su hijo Mateo Gaviria Teherán, pensión de sobrevivientes (50% para cada uno), en cuantía de 616.000, efectiva a partir del 29 de mayo de 2014. Ello, de conformidad con el artículo 4433 de 2004 (folios 24 a 27).
- Mediante petición sin fecha (folios 28 a 32), la demandante solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, lo siguiente:

«[...] PRIMERO: Se ordene el ascenso póstumo del soldado GAYBER GABRIEL GAVIRIA ORTIZ, al grado de **CABO SEGUNDO** del **EJÉRCITO NACIONAL**; como consecuencia de lo anterior, la suscrita **BRILLITH**



*THERAN (SIC)*<sup>11</sup> *GOMEZ (SIC)*, como cónyuge supérstite del soldado GAYBER GABRIEL GAVIRIA ORTIZ, y representación de mi HIJO MENOR MATEO GAVIRIA THERAN (SIC) **tenemos** el derecho a:

1. Que se ordene el pago por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto 1211 de 1990.
  2. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto 1211 de 1990.
  3. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto. [...]». (Mayúsculas, cursivas y negrillas del texto original).
- El subdirector de personal del Ejército Nacional dio respuesta negativa a la referida solicitud por medio del Oficio 20155620347941:MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 20 de abril de 2015 (folios 33 a 34), en el cual advirtió lo que a continuación se transcribe:

«[...] Es así que el ascenso póstumo fue un derecho que le asistía a los Soldados Voluntarios cuando fallecían en combate, sin embargo, como se anotó, a la entrada en vigencia del Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, estos fueron profesionalizados y se expidió un régimen especial para ellos, evento que ocurrió en el caso del fallecido soldado, toda vez que el ingreso al servicio activo a la Institución fue el día 01-01-2008, cobijado por el régimen del Decreto 1793 del año 2000, en el cual adquirió el rango de Soldado Profesional y regido por toda la normatividad allí establecida hasta el momento de su deceso, ostentando como causal de retiro **MUERTE EN COMBATE O POR ACCION (SIC) DEL ENEMIGO.**

Ahora bien, como se anotó el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, en su artículo 8°, establece: [...].

Así las cosas, me permito manifestarle que verificado el Sistema de Información y Administración de Talento Humano (SIATH) de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, el **SLP (q.e.p.d.) GAYBER GABRIEL GAVIRIA ORTIZ**, fue incorporado bajo el régimen de carrera de Soldados Profesionales Decreto 1793 del 2000, norma que **no contempla ascenso póstumo** para dicho personal.

En consecuencia, no es posible acceder favorablemente sus pretensiones de ascenso póstumo del fallecido **SLP (q.e.p.d.) GAYBER GABRIEL GAVIRIA ORTIZ** y subsidiarias. [...]». (Mayúsculas, negrillas y subrayas conforme a la transcripción).

Las consideraciones expuestas en precedencia al igual que las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que, debido a que el señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz falleció el 29 de mayo de 2014, la norma aplicable para definir la situación prestacional de la señora Brillith Teherán Gómez como beneficiaria de aquel, **es el Decreto 4433 de 2004** en la medida en que era

<sup>11</sup> Según la cédula de ciudadanía de la demandante su nombre es Brillith Teherán Gómez (folio 14).



la disposición vigente para ese entonces. Además, no se configura ninguno de los supuestos bajo los cuales sería factible exceptuar la regla jurisprudencial que impone aplicar la norma que rija para la fecha del fallecimiento del causante del derecho.

De esta forma, conforme lo señaló esta Subsección en sentencia del 17 de octubre de 2019<sup>12</sup> al definir un caso de similares contornos al aquí expuesto advirtió lo siguiente:

«[...] no es factible predicar la aplicación concurrente de tal precepto con el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, como lo sugiere la demandante, pues según se indicó el Decreto Ley 4433 de 2004 reguló en forma integral el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, de manera que todos y cada uno de los elementos propios de aquel quedaron integrados en dicha norma. [...]».

En este sentido, el artículo 19 del Decreto 4433 de 2004 previó lo siguiente en relación en los eventos de muerte en combate:

«[...] ARTÍCULO 19. Muerte en combate. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

19.1. Para Oficiales y Suboficiales:

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

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

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

**19.2. Para Soldados Profesionales:**

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

**19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto. [...]».** (Se destaca).

Visto lo anterior, considerando que el señor Gayber Gabriel Gaviria Ortiz ostentaba la condición de soldado profesional, resulta diáfano que a raíz de su fallecimiento surgió el derecho a cargo de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y en favor de sus beneficiarios de reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes, a lo que procedió la entidad demandada mediante Resolución 4849 del 25 de septiembre de 2014.

Como puede observarse la norma en cita no contempló el ascenso póstumo del soldado profesional muerto en combate, el pago doble de las cesantías definitivas a sus beneficiarios ni el reconocimiento de la compensación de los 48 meses de haberes correspondientes al grado de cabo segundo, motivo por el cual en vigencia de aquella no resulta factible predicar la causación de tales derechos.

<sup>12</sup> Radicado: 05001-23-31-000-2011-02135-01(1593-19).



Por último, se advierte que la sentencia SU- CE-SUJ-SII-013-2018 del 4 de octubre de 2018, citada a lo largo del recurso de alzada no es aplicable para definir la presente *litis*, toda vez que dicho fallo sentó las reglas jurisprudenciales respecto de los **soldados voluntarios** fallecidos por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, antes del **7 de agosto de 2002** (dado el vacío normativo que existía en la materia), caso que no es del resorte que nos ocupa, pues se reitera, la norma que regula el régimen salarial y prestacional en el *sub examine* es el Decreto 4433 de 2004, dada la fecha de su fallecimiento, conforme se analizó en precedencia.

**En conclusión**, el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968 no resulta aplicable al caso del soldado profesional Gayber Gabriel Gaviria Ortiz fallecido en combate el 29 de mayo de 2014, toda vez que su situación salarial y prestacional se rige por las regulaciones previstas en el artículo 19.2 del Decreto 4433 de 2004, y, por ende, no hay lugar a ordenar el reconocimiento del ascenso póstumo, el pago de 48 meses de los haberes correspondientes, doble de las cesantías y nivelación de la pensión de sobrevivientes deprecadas por la demandante.

### **Decisión de segunda instancia**

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Tribunal Administrativo de Bolívar habida cuenta de que no prosperaron los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

### **De la condena en costas en segunda instancia**

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016<sup>13</sup>, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>14</sup>,

<sup>13</sup> Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público<sup>15</sup>.

Por tanto, en ese hilo argumentativo, se condenará en costas a la demandante y a favor de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, toda vez que resultó vencida, pues no prosperaron los argumentos del recurso de alzada y la entidad demandada presentó alegatos de conclusión en esta instancia, según constancia secretarial visible a folio 173. Las costas serán liquidadas por el *a quo* acorde con lo regulado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

#### **FALLA**

**Primero:** Confirmar la sentencia la sentencia del 26 de agosto de 2019, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora Brillith Teherán Gómez en nombre propio y en representación de su hijo Mateo Gaviria Teherán contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

**Segundo:** Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada, las cuales serán liquidadas por el *a quo*.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en la plataforma SAMAI.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Firmado electrónicamente

<sup>14</sup> «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».

<sup>15</sup> Regula la norma lo siguiente: «[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]».



Radicado: 13001-23-33-000-2015-00702-01 (1100-2020)  
Demandante: Brillith Teherán Gómez

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

