



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación No. 05001-23-33-000-2013-00954-01 (3588-2015)

Actor: EMILIA DE LAS MERCEDES ARROYO

**Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
 EJÉRCITO NACIONAL**

Asunto: Fallo ordinario Ley 1437-2011 – Pensión sobreviviente

SO. 019

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, contra la sentencia de 25 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad del acto demandado.

ANTECEDENTES

La señora Emilia de las Mercedes Arroyo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹ consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del acto administrativo número OFI12-53181 MDSGDAGPS-1.10 de 8 de junio de 2012, expedido por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, mediante el cual se le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene a la entidad accionada a que reconozca y pague, desde la ocurrencia de los hechos (22 de junio de 1999), todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales causadas y no pagadas, los derechos derivados de la relación

¹ Demanda a folios 13 a 34.

laboral y los que considere el juez probados y no reclamados, con su correspondiente indexación y actualización, al igual que los intereses moratorios que correspondan.

Solicitó que se abstenga de ordenar cualquier reembolso o descuento de dineros a favor de la entidad accionada que se pagaron como compensación a la accionante por muerte del señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d).

Para finalizar, requiere que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 192 y 193 del CPACA., y que se condene en agencias en derecho y costas del proceso a la entidad accionada.

HECHOS

La demandante es madre del señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d), quien entró a prestar servicio militar obligatorio como soldado regular el 26 de diciembre de 1996 hasta el 30 de junio de 1998.

Para el 9 de enero de 1999, el señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d) continuó en la actividad militar como soldado voluntario y murió en combate a manos del grupo armado ONT – FARC el 22 de junio de 1999, en el municipio de Montelíbano, según consta en el informe administrativo suscrito por la entidad demandada.

Narró que mediante la Resolución 751 de 10 de agosto de 1999, proferida por el Comandante del Ejército Nacional, fue ascendido el soldado Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d) al grado de Cabo Segundo de forma póstuma, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 1211 de 1990, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

Así mismo, el Ejército Nacional expidió la Resolución 04263 de 18 de agosto de 2000, con la que se le reconoció el pago de cesantías definitivas y una compensación por muerte a la señora Emilia de las Mercedes Arroyo, madre

del extinto militar, equivalentes a «cuatro (4) años de haberes correspondientes al grado conferido al causante (cabo segundo), es decir, solamente aplicó el primer inciso y el literal a). del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 que establece “*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 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 el 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**”» (f. 14).*

Sin embargo, la entidad accionada se abstuvo del reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor su madre, por lo tanto, el 8 de mayo de 2012, se realizó solicitud en vía gubernativa a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército – Oficina de Pensiones del Ministerio de Defensa, consistente en la pensión aludida.

Expuso que mediante acto administrativo número OFI12-53199 MDSGDAGPS – 1.10 de 8 de junio de 2012, la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, le negó lo solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 13, 29, 46, 48, 53, 209, 217, 228 y 230.

Legales: artículo 3 de la Ley 131 de 1985; artículo 3 del Decreto 370 de 1991; artículo 46 de la Ley 100 de 1993; artículo 8 del Decreto Ley 2728 de 1968; artículos 158, 174, 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Concretamente sostuvo que se le violó el derecho a la igualdad, ya que sufrió un trato discriminatorio, al negársele la pensión de sobrevivencia en contravía de las normas correspondientes en materia laboral para este tipo de casos.

En el mismo sentido, aseveró que en el asunto de Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) no se le dio el trato correspondiente como Cabo Segundo, toda vez que solo se le reconocieron algunos derechos, por cuanto se le negó la referida pensión de sobrevivencia como madre, desconociendo de esa manera el Decreto 1211 de 1990.

Esbozó, que el objeto y finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que dependían económicamente del causante, brindándoles un grado de seguridad social y económico, con la que contaban cuando vivía el militar y no queden desamparados, tal como lo estableció la sentencia C-556/09 de la Corte Constitucional y diversas providencias del Consejo de Estado.

En el mismo sentido, la Ley 131 de 1985 artículo 3, en concordancia con el Decreto 370 de 1991 en su artículo 3, establecieron el régimen prestacional de los soldados voluntarios y en relación con los hechos y la causa de la muerte del señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.), se aplicó el Decreto 2728 de 1968, el cual estipula que «el soldado voluntario muerto en combate, tiene derecho al ascenso póstumo a Cabo Segundo», por lo tanto, al

presentarse esa nueva circunstancia, se le debe aplicar la totalidad de los derechos consagrados en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Para finalizar, sostuvo que no opera el reembolso de las prestaciones pagadas por parte de la entidad accionada, por cuanto dichos dineros fueron recibidos de buena fe.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, mediante apoderada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la accionante².

Expresó que las prestaciones de la fuerza pública están sometidas a un régimen especial por su naturaleza, fundamentó lo anterior de acuerdo con la sentencia C-432 de 2004³ proferida por la Corte Constitucional, en donde esta concluyó, que el régimen prestacional de la fuerza pública es de carácter «especial» y que por lo tanto, ello conlleva a la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general como la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

También indicó, que los artículos 217 y 218 de la Constitución Política autorizaron de forma expresa al legislador para determinar el régimen prestacional de la fuerza pública, y dijo también, que las personas vinculadas a los regímenes especiales deben someterse de forma integral a estos, sin que se pueda apelar a los derechos consagrados en el régimen general.

Adujo que la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que para que proceda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe existir una dependencia económica entre los padres y el hijo fallecido, no obstante en el presente caso no se probó lo anterior.

² Folios 37 - 56.

³ Sentencia C-432 de 2004 de 6 de mayo. Expediente D-4882 Demandante: Rubiela Barrera Muñoz. M.P. Rodrigo Escobar. Folio 68.

Ya que estimó que si de «NAFER ENRIQUE hubiese dependido económicamente la señora EMILIA DE LAS MERCEDES ARROYO MORA, no hubiese esperado 13 años para solicitar dicha prestación, por lo que de entrada y ante ese hecho consideró que no está probada la dependencia económica ...» (f. 51).

Sostuvo que el régimen normativo aplicable al soldado Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) es el Decreto 2728 de 1968, norma que se encontraba vigente para la época de la muerte de él y que no contemplaba dentro de su articulado el reconocimiento y pago de pensión por muerte a favor de beneficiarios legales.

Como excepciones invocó: la legalidad del acto administrativo demandado, inexistencia de la obligación y las genéricas.

Por todo lo anterior solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda y de forma subsidiaria que en caso de que la se conceda dicha prestación, la conceda bajo la Ley 100 de 1993 y no sobre el régimen de pensiones que regula a los oficiales.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Segunda de Oralidad, mediante providencia de 25 de junio de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda (ff. 99 a 112).

Dijo que la Ley 65 de 1967 facultó al Presidente de la República para modificar la remuneración y régimen de prestaciones sociales de las Fuerzas Militares, y de conformidad con ella, se expidió el Decreto 2728 de 1968 de 2 de noviembre de 1965, mediante el cual se varió el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares, en donde se contempló la posibilidad de ascender de

manera póstuma a quien fallece por acción directa del enemigo y se le otorgue una compensación⁴.

Luego, la Ley 66 de 1989 otorgó facultades especiales al Presidente de la República, quien profirió el Decreto 1211 de 1990 que reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que mediante su artículo 189 estableció las prestaciones por muerte de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, posibilitando el ascenso de manera póstuma al grado inmediatamente superior, al igual, que los pagos de una compensación y doble de cesantías, y el derecho a que sus beneficiarios accedan a una pensión mensual proporcional al tiempo de servicio al momento del fallecimiento.

Al realizar el análisis del artículo anterior, evidenció que cuando un oficial o suboficial en servicio activo muere como consecuencia de la acción del enemigo, se les reconocerá a sus beneficiarios el pago, por una vez, de una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, el pago de las cesantías dobles y una pensión, cuyo monto dependerá del tiempo de servicio prestado por el fallecido.

Señaló que «se presenta un trato diferencial entre las prestaciones reconocidas para los beneficiarios de los soldados muertos en actos propios del servicio y las previstas para los oficiales y suboficiales muertos en las mismas circunstancias, contempladas las primeras por el Decreto No 2728 de 1968 y las segundas por el Decreto No 1211 de 1990, es decir, que los oficiales y suboficiales tienen un régimen especial y sumado a las cesantías dobles, a la compensación por muerte se tiene una pensión vitalicia, la cual no se encuentra contemplada para el caso de los soldados». (f. 104 vuelto).

Agregó que ese tema diferencial ha sido estudiado por el Consejo de Estado, que estableció que los soldados que fallecen en actos propios del servicio, tendrán derecho a que, en aplicación del principio de igualdad y seguridad

⁴ De conformidad con el Decreto 2728 de 1968 de 2 de noviembre de 1965, artículo 8.

social plasmados en la Constitución Política, se les reconozca la pensión de sobrevivientes.

Por lo tanto, no se aplica el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, en cuanto no consagra la prestación económica para los familiares de los soldados muertos en actos propios del servicio.

Que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, «únicamente debe ser demostrada en caso de que solo existan como beneficiarios los hermanos menores de 18 años y con en el caso objeto de la Litis, quien solicita la pensión de sobreviviente como beneficiaria del soldado Nafer Enrique Arroyo Mora es la madre, tal como se puede evidenciar en el registro civil de nacimiento del causante, el cual obra a folio 9 del expediente, no es requisito para concederla que esté plenamente demostrada dicha dependencia, es decir, que la norma especial no prescribe tal demostración, contrario a lo dispuesto en el régimen general de seguridad social (Ley 100 de 1993).»⁵

Expuso que «habiendo prestado los servicios al Ejército el fallecido Nafer Enrique Arroyo Mora, por un lapso inferior a las (sic) doce (12) años, como se desprende de los hechos de la demanda, el monto de la prestación pensional debe ser el equivalente al 50% de las partidas establecidas en el artículo 158 del Decreto⁶» (f. 109).

Respecto de la liquidación pensional de la demandante, advirtió que no se le deducirá la suma correspondiente al pago de la compensación por muerte, por cuanto en el caso de fallecimiento de los oficiales y suboficiales, lo que procede en el caso es la compensación, y que en ambas situaciones se hace en iguales condiciones, o sea, se otorga por el mismo término de 4 años o 48

⁵ Folio 109.

⁶ Se refiere al Decreto 1211 de 1990.

meses, de los haberes del grado conferido, por lo tanto allí no hay lugar a realizar descuento alguno.

En lo referente a la prescripción, se tiene que en el caso concreto se está otorgando el derecho pensional establecido en el Decreto 1211 de 1990, y con relación al principio de inescindibilidad de la norma, se acogerá esta normatividad en su integridad, por lo que la misma consagra un término de prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales en el artículo 174, o sea, que para este caso la misma se cuenta desde el fallecimiento del señor Nafer Enrique Arroyo Mora, es decir, a partir del 22 de junio de 1999 y hasta el 7 de mayo de 2008, toda vez que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente el 8 de mayo de 2012.

Por todo lo anterior accedió a las súplicas de la demanda y condenó en costas a la entidad demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional mediante apoderada interpuso recurso de apelación⁷ donde señaló que no está de acuerdo con la sentencia de 25 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Así pues, en relación con el ascenso póstumo, estimó, que tiene un carácter honorífico y no prestacional. Aludiendo que el soldado Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.), estaba adscrito al Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario, encontrándose bajo el régimen establecido en el Decreto 2728 de 1968 y por ello no es procedente reconocer ninguna pensión de sobreviviente a su madre.

Expresó que no es lo mismo el ascenso de manera honorífica para honrar la memoria de quien fallece defendiendo la soberanía del Estado, que a quien

⁷ Folios 330 a 337.

cumple con los requisitos que establece el Decreto 1211 de 1990 para ser ascendido, como es el haber cursado y aprobado los estudios reglamentarios en las escuelas de Formación de Oficiales entre otros, de conformidad con los artículos 42, 48, 49, 50 y 51 del precitado decreto.

Así las cosas, el ascenso que se le realizó al señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) fue de manera honorífica pero no porque tuviera la calidad de suboficial, ya que nunca aprobó los cursos para tal fin y por consiguiente el régimen que se le aplica es el contemplado en el Decreto 2728 de 1968, el cual no establece el reconocimiento de pensión a los beneficiarios legales del soldado que fallece en combate.

En ese orden de ideas no procede la aplicación de los artículos 158 y 189 del Decreto 1211 de 1990⁸ dado que dichas normas consagran las prestaciones económicas para los beneficiarios de oficiales y suboficiales activos de las Fuerzas Militares que mueren en combate, y a ese grupo no pertenece el occiso, por cuanto para la época de su fallecimiento no ostentaba el grado de Suboficial, toda vez, que estaba inscrito en calidad de soldado voluntario del Ejército Nacional.

Para finalizar, aludió a lo ya expuesto en la contestación de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Solo la parte demandante hizo uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

El apoderado de la **parte demandante** en su escrito⁹ de alegatos solicitó que la sentencia recurrida sea confirmada.

⁸ Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁹ Folios 152 a 157.

Señaló, en resumidas cuentas, básicamente lo mismo que adujo en la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico consiste en determinar si la señora Emilia de las Mercedes Arroyo tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo el Cabo Segundo Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.), de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990.

CUESTIONES PREVIAS.

De la pensión de sobrevivientes por muerte en combate de miembros de las fuerzas militares.

Sea lo primero señalar que de conformidad con lo reglado en el artículo 3 de la Ley 131 de 1985¹⁰, los soldados voluntarios, a partir de su vinculación, quedan sometidos a los regímenes penal, disciplinario, prestacional y demás normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las fuerzas militares¹¹.

De igual manera, esta Sala de Decisión debe poner de presente que el marco legal del régimen prestacional por muerte en combate de miembros de las Fuerzas Militares i) en un primer momento diferenció entre soldados voluntarios y personal con la calidad de oficiales y suboficiales, y ii) que con el trasegar del tiempo han cambiado las prestaciones específicas a reconocer y pagar con cargo al tesoro de la Nación tras el acontecimiento de esta contingencia.

¹⁰ «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario»

¹¹ «Artículo 3. 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.» **(Negrilla y subrayado fuera de texto).**

Dicho esto, se procederá a realizar un breve recuento de las normas jurídicas que han regulado la materia.

En el año 1968, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias a él conferidas por la Ley 65 de 1967¹², profirió 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»; decreto que al tenor de su artículo 8 dispuso, entre otros y específicamente en lo que atañe al caso concreto, que el soldado voluntario que fallezca en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público, a) tiene derecho a ser ascendido de forma póstuma al grado de cabo segundo y b) sus beneficiarios tendrán derecho a i) una compensación por muerte y ii) el pago doble de las cesantías definitivas del causante.

Dicho artículo dispone expresamente lo siguiente:

«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.» **(Negrilla y subrayado fuera del texto).**

¹² «Por el cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se prevee [sic] al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas»

Posteriormente, el Decreto 1211 de 1990¹³, en su artículo 189¹⁴, estableció el régimen prestacional por muerte en combate aplicable al personal que ostentare la dignidad de oficial y/o suboficial de las Fuerzas Militares, según este a la muerte de un oficial o suboficial de las FF. MM., en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público (es decir, en los mismos términos del Decreto 2728 de 1968), a) se tiene derecho ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior y b) sus beneficiarios tendrán derecho a i) una compensación por muerte, ii) el pago doble de las cesantías por el tiempo de servicio del causante, y iii) una pensión mensual (pensión de sobrevivientes) cuyo monto varía de acuerdo al tiempo que el causante tuviese de servicio.

Sobre este decreto, merece igual atención el artículo 5, toda vez que en este se establece que el grado cabo segundo corresponde jerárquicamente a un suboficial del Ejército Nacional y por tanto se encuentra sujeto a las obligaciones y derechos de ese estatuto; el tenor literal de este artículo reza:

«La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente: [...] II. SUBOFICIALES. EJÉRCITO. Sargento Mayor, Sargento Primero, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero, Cabo Segundo [...]» (Negrilla y subrayado fuera del texto).

¹³ «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares».

¹⁴ «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.»

Luego, para el año de 1998, el legislador profirió la Ley 447 de ese mismo año¹⁵, en la cual i) reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes, a favor de los beneficiarios de la persona vinculada a las fuerzas armadas y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, cuya muerte acaezca en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de la conservación o restablecimiento del orden público, y ii) se suprimió «la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones», refiriéndose a las pensiones de sobrevivencia por muerte en combate.

Sobre este marco legal, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones, estableciendo una clara línea jurisprudencial sobre la materia. Es así como en sentencia de 1 de abril de 2004, esta Sala de Subsección sostuvo que:

« [...] es cierto que el artículo 8° del referido estatuto 2728 no contempló como prestación a favor de los beneficiarios legales, la pensión en el caso de muerte del soldado en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, y que tal derecho lo establece el decreto ley 1211 de 1990 cuando fallecen en esas condiciones los oficiales y suboficiales.

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

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

¹⁵ « Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.»

dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con Índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional.»¹⁶ [Corchetes fuera del texto]

Posteriormente, esta tesis fue ratificada por la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación en proveído de 30 de octubre de 2008 en la cual se explicó que:

«De conformidad con la jurisprudencia en cita [refiriéndose a la sentencia de 1 de abril de 2004], los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate (fl. 2) tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).»¹⁷ [Corchetes fuera del texto]

Igualmente, en sentencia de 7 de julio de 2011 en la que se estudió un caso similar al del proceso de la referencia, se señaló lo siguiente:

«Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

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

[...]

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida [sic] para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien provea lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

[...]

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 07001-23-31-000-2001-01619-01 (1994-2003). Consejero ponente doctor NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Rad. 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-2005). Consejera ponente doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.»¹⁸ [Corchetes fuera del texto]

En providencia de 2 de agosto de 2012 se replicó la postura jurisprudencial aquí reseñada, cuando dispuso que:

«En atención a la aludida directriz jurisprudencial [refiriéndose a la sentencia de 7 de julio de 2011], en consonancia con el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.»¹⁹ [Corchetes fuera del texto]

Se tiene que, en sentencia de 18 de febrero de 2016, fue reiterada la mencionada línea jurisprudencial sobre la materia; en esta providencia se sostuvo expresamente que:

«Así las cosas, es claro que en el presente caso existe duda seria y razonable en relación con la norma que se ha de aplicar para la solución del problema jurídico planteado, puesto que como ya se dijo, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 contempla el pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía; al paso que el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 estipula el pago de una pensión mensual, cuya cuantía dependerá del tiempo de servicios prestado por el miembro de las Fuerzas Militares fallecido en actos del servicio. Por ende, se debe establecer cuál de las dos disposiciones legales favorece a la actora y para ese efecto, se debe acudir al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política²⁰.

Al respecto, la Corte Constitucional²¹ señaló que para efectos de la aplicación de la favorabilidad, es necesaria la concurrencia de dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 7 de julio de 2011. Rad. 70001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-2009). Consejero ponente doctor GERARDO ARENAS MONSALVE.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Rad. 05001-23-31-000-2002-00672-01 (1020-2010). Consejero ponente doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

²⁰ "ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)"

²¹ Sentencias T-545 de mayo 28 de 2004, M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil, y T-090 de febrero 17 de 2009, M. P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.

Por tal razón, de conformidad con el artículo 4²² de la Constitución Política, en el caso concreto se debe inaplicar el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, y en su lugar, aplicar el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.»²³

Ahora bien, recientemente en sentencia de unificación **CE-SUJ2-013-18**²⁴ de 4 de octubre de 2018, se realizó un recuento sobre las normas atinentes a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, y se establecieron las siguientes reglas de unificación frente a los casos de los soldados voluntarios:

«1. Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002²⁵, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

2. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

3. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002²⁶, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174

²² "ARTÍCULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 18 de febrero de 2016. Rad. 66001-23-33-000-2012-00060-01 (2681-2013). Consejera ponente doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

²⁴ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda, de 4 de octubre de 2018 Radicación número 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15) CE-SUJ2-013-18 Actor: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero. Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

²⁵ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieron fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

²⁶ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieron fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

del Decreto 1211 de 1990).»

De las citas jurisprudenciales antes transcritas, se extrae la subregla según la cual, en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular (trátese de soldados voluntarios, vinculados para prestar el servicio militar obligatorio, oficiales y/o suboficiales) en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Pruebas relevantes en el proceso.

De conformidad con el marco normativo expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Mediante la copia del Registro Civil de Nacimiento del señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) quedó acreditado que era hijo de la señora Emilia de las Mercedes Arroyo Mora, y que nació el 17 de septiembre de 1977 (f. 9).
- A través del Informe Administrativo por muerte número 043 suscrito por el orden del Comandante Batallón número 3 Rifles, se demostró que el 22 de junio de 1999 en el área rural del Corregimiento Tierradentro del municipio de Monte Líbano - Córdoba, el bloque armado José María Córdoba de las ONT FARC mataron en contacto armado al soldado voluntario Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) (f. 5).
- Con la copia del Registro Civil de Defunción, se demostró el señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) murió el 22 de junio de 1999 (f. 10).

➤ Por medio de la Resolución 00751 del 10 de agosto de 1999, el Comandante del Ejército Nacional, en uso de sus facultades legales, ascendió en forma póstuma al grado de cabo segundo al soldado Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) (f. 7).

➤ Visible en el folio 6, obra copia de la Liquidación de servicios de soldados núm. 119, que demuestra que el tiempo de servicios prestados por el causante fue 1 año, 11 meses y 26 días.

➤ Mediante la Resolución 04263 de 18 de agosto de 2000, el Ejército Nacional reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas dobles y una compensación por muerte a los beneficiarios del cabo segundo (póstumo) señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.), es decir a favor de la señora Emilia de las Mercedes Mora (f. 8).

Caso concreto.

Como quiera que en este plenario está plenamente demostrado el supuesto de hecho de la subregla jurídica previamente estructurada, la Sala de Subsección encuentra que la señora Emilia de las Mercedes Arroyo Mora tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia en los términos del literal d del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, con ocasión de la muerte del cabo segundo (póstumo) señor Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.).

En lo que atañe a los descuentos por concepto de indemnización y/o compensación por muerte, debe señalarse que no habrá lugar a ello de conformidad con la sentencia de unificación aludida.

Resulta imperioso indicar que la sentencia de unificación CE-SUJ2-013-18²⁷ de 4 de octubre de 2018 señaló lo siguiente frente a la compatibilidad de prestaciones y descuentos:

«151. Establecido como está que el régimen al cual puede darse aplicación en virtud del principio de especialidad es el contenido en el Decreto 95 de 1989 o en el Decreto ley 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento, es preciso referirse a la consecuencia que de ello se desprende ante una eventual sentencia favorable.

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

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

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

Prescripción

Debe decirse, tal como lo indicó la sentencia de unificación mencionada, que al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión

²⁷ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda, de 4 de octubre de 2018 Radicación número 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15) CE-SUJ2-013-18 Actor: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero. Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

de sobrevivientes, el cual, como se dijo, debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, el término prescriptivo que debe darse en relación con las mesadas pensionales es el **cuatrienal**, de acuerdo con lo previsto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

De conformidad con lo anterior, en este caso frente al análisis de la prescripción cuatrienal, se tiene que el señor Nafer Enrique Arroyo Mora falleció el 22 de junio de 1999 y la petición de la pensión sobreviviente en calidad de madre del cabo segundo (póstumo) del Ejército Nacional Nafer Enrique Arroyo Mora (q.e.p.d.) fue radicada bajo el número EXT12-48436 del 8 de mayo de 2012²⁸.

Por lo tanto los derechos causados entre el 7 de mayo de 2008 y el 22 de julio de 1999, se encuentran prescritos como lo señaló la sentencia recurrida.

Conclusión

Con fundamento en todo lo expuesto, esta Sala de Decisión procederá a confirmar el fallo de primera instancia.

Costas

El artículo 365 del Código General de Proceso en su numeral 3 señaló lo siguiente:

«3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en costas de la segunda.»

²⁸ Según lo establece el acto demandado que da respuesta negativa a los demandantes sobre la pensión de sobrevivientes (f. 2).

Por lo tanto se condenará en costas en esta instancia a la entidad demandada, quien fue la parte recurrente y vencida, y porque la parte demandante realizó su intervención durante su trámite.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLO

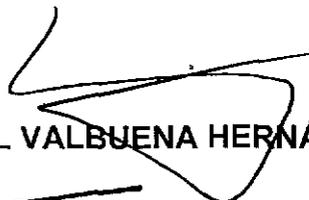
CONFIRMAR la sentencia de 25 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Emilia de las Mercedes Arroyo contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

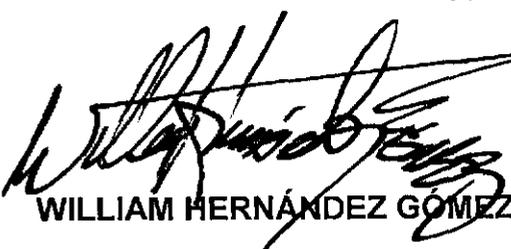
Se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso. Tásense por Secretaría.

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Subsección «A» en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS