



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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001-23-33-000-2015-00173-01 (1993-2017)
Demandante: ELIZABETH MUÑOZ ALTAMAR
Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL,
EJÉRCITO NACIONAL

Tema: Reconocimiento pensión de sobreviviente con base en aplicación del Decreto 758 de 1990 por favorabilidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-266-2019

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Magdalena que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Elizabeth Muñoz Altamar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 58 a 59)

1. Que se declare la nulidad del Oficio OF112-11830 MDSGDAGPS-22 del 6 de febrero de 2012, así como de la Resolución 5657 del 14 de noviembre de 2014, ambos expedidos por el grupo de prestaciones sociales del Ejército Nacional, a través de los cuales se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante.
2. Que como consecuencia de esta declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer una pensión de sobreviviente a favor de la demandante en aplicación del Decreto 758 de 1990 por principio de favorabilidad, efectiva a partir del

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



día siguiente al del deceso de su causante, esto es, desde el 2 de julio de 1992.

3. Que se condene a la demandada, pagar a favor de la señora Muñoz Altamar todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, primas semestrales y de navidad dejadas de percibir, debidamente indexadas y con los ajustes o aumentos que les hubiesen sido propios, así como el reconocimiento de intereses comerciales y moratorios en caso de no cancelar dichos valores de manera oportuna, conforme los términos del artículo 195 y siguientes del CPACA, cuya aplicación solicitó la libelista para dar cumplimiento a la sentencia que se profiera.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 54 a 55)

1. El señor Cruz Manuel Torres Acosta fue nombrado como sargento segundo en el Ejército Nacional, desde el 12 de julio de 1980 hasta el 2 de julio de 1992, fecha en la que falleció después de haber laborado para la entidad un tiempo equivalente a 12 años, 1 mes y 19 días.
2. El señor Torres Acosta se encontraba casado con la señora Elizabeth Muñoz Altamar, quien fue reconocida como beneficiaria de las prestaciones sociales derivadas de la muerte de su cónyuge, según Resolución 04571 del 12 de mayo de 1993.
3. El causante falleció en simple actividad según el informe administrativo 001, y de conformidad con el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, por lo que se calificó su deceso como acaecido en una situación de riesgo común.
4. La libelista radicó petición ante la entidad demandada el 16 de noviembre de 2011, por medio de la cual instó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a su favor con motivo de la muerte de su cónyuge; sin embargo la solicitud fue negada de plano por dicha autoridad mediante Oficio OF12-11830 del 6 de febrero de 2012 al indicar que el sargento segundo Cruz Manuel Torres Acosta no había laborado el tiempo mínimo requerido para acceder al derecho prestacional deprecado.
5. La señora Elizabeth Muñoz Altamar demandó el referido acto administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se tramitó ante el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta bajo el radicado 2012-348, en el cual, mediante sentencia del 28 de febrero de 2014 que desarrolló un análisis exclusivo sobre la procedencia de aplicar retrospectivamente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4433 de 2004, se denegaron las pretensiones de la demanda; providencia que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Magdalena.
6. La libelista nuevamente solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por medio de escrito del 16 de septiembre de 2014, esto con base en argumentos diferentes a los esgrimidos en su demanda y con fundamento en otra normativa como la aplicación del Decreto 758 de 1990; empero, el Ministerio de Defensa a través de la Resolución 5657 del 14 de noviembre de 2014, negó de nuevo el derecho deprecado.



DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de fijar el objeto del proceso y de la prueba². En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

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

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

En la presente actuación a folio 118 del expediente y en CD obrante a folio 1A *idem*, se indicó puntualmente en lo que respecta a esta etapa de excepciones previas lo siguiente:

«DEMANDADO – Ejército Nacional

Excepción propuesta	Decisión
Cosa juzgada	En la sentencia

DE OFICIO: Excepciones Numeral 6° art. 180 CPACA no configuradas». (Negrilla y mayúsculas del texto original)

La decisión se notificó en estrados y no se interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En la audiencia inicial a folio 118 vuelto del expediente y en CD obrante a folio 1A *idem*, se observa que el litigio fue fijado con base en la siguiente proposición jurídica: «[...] **Punto de derecho:** deberá resolverse la excepción de cosa juzgada y en caso que no prospere determinar si resulta aplicable el decreto 758 de 1990 [...]» (Negrilla del tribunal).

² (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

³ (2012). Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

⁴ (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.



SENTENCIA APELADA (Folios 189 a 195)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 14 de febrero de 2017, por medio de la cual negó las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal inicialmente manifestó sobre la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada, que ésta no se encontraba probada en la medida en que por la decisión anterior proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Marta en la sentencia del 28 de febrero de 2014⁵, a través de la cual se negaron las pretensiones anulatorias del Oficio OF12-11830 del 6 de febrero de 2012 (actualmente objeto de litigio), la demandante tenía la posibilidad de volver a someter a control de legalidad el mentado acto administrativo, siempre y cuando los argumentos impugnatorios cambiaran, lo cual se demostró con el presente proceso, además del hecho de que sus pedimentos se dirigen en contra de una nueva decisión adicional.

En cuanto a la aplicación del Decreto 758 de 1990 en virtud del principio de favorabilidad, señaló que aquella norma se expidió con el objetivo de regular el régimen de transición pensional que le sería aplicable a los trabajadores particulares y excepcionalmente a los trabajadores oficiales que cotizaban al antiguo ISS; sin embargo, en el caso del cónyuge de la demandante no se demostró que mientras éste se encontraba vinculado al Ejército Nacional, hubiera realizado aportes al Instituto de los Seguros Sociales, por lo que no es dable para resolver el asunto tener en cuenta dicho principio ni el de la igualdad, en tanto el decreto en comento no contemplaba un régimen general sino uno para cierto grupo de personas dentro de las cuales no estaba el causante.

Con base en lo anterior, consideró que lo pretendido por la demandante solo podía verificarse conforme el régimen especial previsto para los servidores públicos, específicamente el desarrollado en el Decreto 1211 de 1990 que se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del señor Torres Acosta, y en consecuencia, al analizar el artículo 191 *ibídem*, se logró deducir que aquel no cumplió con el tiempo de servicio exigido para acceder al pago de una asignación de retiro, por lo que a la libelista solo le podían ser reconocidas las prestaciones que en efecto la demandada le canceló.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume en su parte resolutive así: i) declaró no probada la excepción de cosa juzgada; y ii) negó las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 203 a 207)

La parte demandante formuló recurso de apelación en contra de la decisión reseñada anteriormente y solicitó que ésta sea revocada y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, al argumentar que existen precedentes jurisprudenciales para aplicar el Decreto 758 de 1990 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a su favor, habida cuenta de que dichas providencias acogieron la tesis relativa a que en materia laboral se puede aplicar la norma general sobre la norma especial.

⁵ Visible de folios 28 a 42.



Sobre la mentada jurisprudencia, precisó que ésta planteó el hecho de que para dar aplicación al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 constitucional, debe realizarse una comparación entre normas vigentes, de tal forma que debió contrastarse el contenido del Decreto 1211 de 1990 (régimen especial) con el Decreto 758 de 1990 (norma general), ambas en vigor al momento del deceso de su causante ocurrido el 2 de julio de 1992, todo con el fin de determinar cuál resultaba más beneficiosa para su caso, al punto de señalar que en efecto lo era la segunda norma, en razón a que aquella exigía haber cotizado 150 semanas continuas o 300 discontinuas, las cuales su cónyuge acreditaba al tener más de 624 semanas acumuladas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (Folios 232 a 239): Reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia, y sobre el punto indicó nuevamente que existen variados precedentes que respaldan sus pretensiones, en adición a que con la denegación de su demanda se desconocen el contenido de la sentencia SU 442 de 2016 proferida por la Corte Constitucional en lo referente a la prevalencia de la condición más beneficiosa, así como el principio de la confianza legítima, tal como dicha corporación lo desarrolló en sentencia T 084 de 2017.

La parte demanda y el Ministerio Público guardaron silencio según constancia visible a folio 242.

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. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

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

1. ¿La señora Elizabeth Muñoz Altamar en calidad de cónyuge supérstite del sargento segundo Cruz Manuel Torres Acosta, tiene derecho a que la demandada le reconozca una pensión de sobreviviente conforme el Decreto 758 de 1990, en aplicación del principio de favorabilidad?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: la demandante no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de sobreviviente con base en el Decreto 758 de 1990, debido a que dicha norma no resulta aplicable a su caso bajo el argumento del principio de favorabilidad, tal como se explica a continuación:



- **Sobre el principio de favorabilidad en materia laboral y su dimensión analizada para el caso concreto**

En primer lugar y en cuanto al mentado principio constitucional, es claro que éste se relaciona con una garantía en clave de control de convencionalidad, que implica la existencia de un beneficio concreto para los trabajadores (indistintamente de su calidad como particulares o públicos), quienes ante los variados cambios normativos de su marco regulatorio específico en el ámbito prestacional, deben conservar un mínimo de prebendas y derechos derivados de la seguridad social, que ante cualquier escenario de hesitación, tienen que prevalecer y mantenerse con el fin de afincar el principio de progresividad laboral e igualdad, al punto de evitar a toda costa la materialización de la regresividad entendida como límite a las prerrogativas consolidadas o que se configuran con posterioridad a éstas en razón de normas concomitantes que regulan un mismo asunto.⁶

Ahora bien, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019⁷, el enunciado axiológico en comento se bifurca en dos aristas de análisis al momento de resolver un caso concreto, por lo que se habla de la favorabilidad en sentido estricto (principio de favorabilidad per se) y de la favorabilidad en sentido amplio (principio de *indubio pro operario*), las cuales dicha corporación distingue de la siguiente forma:

«[...] El principio de favorabilidad estricta en materia laboral exige que cuando el operador jurídico se encuentre frente a dos o más normas jurídicas que, *prima facie*, podrían aplicarse frente de una misma situación fáctica, debe optarse por la norma que favorezca mayormente al trabajador. Por otra parte, debe acudirse al principio *in dubio pro operario* o de favorabilidad en sentido amplio cuando el operador jurídico se encuentre ante la alternativa de escoger –no ya entre dos o más normas jurídicas de eventual aplicación a una misma situación jurídica- sino entre los efectos que de la interpretación una misma norma jurídica podrían derivarse para el trabajador, debiendo igualmente optarse por el criterio hermenéutico que más favorezca a este último. En palabras de la Corte: “Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio *in dubio pro operario* lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.” [...]» (Cursiva conforme la transcripción).

Bajo este contexto, es adecuado asentir en que el pluricitado principio resulta válido desde el ámbito laboral para los eventos en los que exista: i) dubitación entre dos o más normas vigentes que regulan un asunto idéntico, o ii) entre las diferentes interpretaciones de una sola de ellas, al punto de ser necesario determinar cuál de todas brinda la condición más beneficiosa para el empleado en garantía de los principios *pro homine* y *pro operario*, derivados del control de convencionalidad en virtud de los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia en cuanto a prerrogativas laborales se refiere⁸.

⁶ Esto conforme el desarrollo jurisprudencial que ha concitado la Corte Constitucional en sentencia SU 140 del 28 de marzo de 2019, en el proceso con la siguiente referencia: expedientes T-5.647.921, T-5.647.925, T-5.725.986, T-5.755.285, T-5.766.246, T-5.840.729, T-5.841.624, T-5.844.421, T-5.856.779, T-5.856.793 y T-5.870.489 (acumulados).

⁷ *Idem*.

⁸ Tal como lo ha sostenido la aludida corte en sentencias T-350 del 15 de mayo de 2012, en el expediente T-3.234.661; y T-730 del 26 de septiembre de 2014, en el expediente T- 4.318.396.



De conformidad con esta línea de intección y luego de verificar el objeto del litigio, se observa que la parte demandante solicita realmente con base en el principio de favorabilidad, la aplicación del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado a través del Decreto 758 de igual año, y que en sí mismo expidió un régimen específico y concreto para las personas afiliadas al Instituto de los Seguros Sociales (ISS), pues reglamentó las prestaciones exclusivas de los empleados particulares y de ciertos trabajadores oficiales que se encontraban vinculados con dicha entidad como cotizantes.

No obstante esta aseveración, es imperioso resaltar que dicha normativa no se consolidó como un régimen general y mucho menos para los servidores públicos sometidos incluso en algunos casos a normas especiales como los miembros de las Fuerzas Militares, tal como se desprende del propio artículo 1.º *ibídem* que sobre el campo de aplicación regulatorio reza lo siguiente:

«ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE: Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;
- b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,
- c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

- a) Los trabajadores independientes;
- b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
- c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.»

Lo anterior se complementa cuando la propia norma *ejusdem* en su artículo 2.º previó lo siguiente:

«ARTÍCULO 2o. PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:
[...]

h) Las demás personas, grupos o sectores de población que de conformidad con reglamentos especiales, hubieren sido excluidos de este seguro. [...]
(Subrayado fuera de texto)



Al respecto es patente que el señor Cruz Manuel Torres Acosta se desempeñó como sargento segundo al servicio del Ejército Nacional⁹, por lo que era considerado miembro activo de las Fuerzas Militares, quienes para la época de su deceso (la cual corresponde a la fecha en que debe validarse la vigencia normativa en materia prestacional según lo ha expuesto el Consejo de Estado¹⁰), efectivamente tenían una regulación especial y expresa en cuanto a su régimen salarial y prestacional contemplada en el Decreto 1211 de 1990, cuya excepcionalidad se estima justificada y respaldada constitucionalmente en virtud de la actividad diferenciadora que aquellos servidores ejercen respecto de los demás trabajadores particulares y empleados públicos.

En este entendido, se deduce que la línea de análisis a verificar frente al principio superior invocado por la libelista, en razón de la diferenciación esbozada por la Corte Constitucional, corresponde a la de una «favorabilidad en sentido estricto», habida cuenta de que el ejercicio comparativo pretendido por la demandante, obedece a la supuesta duda sobre la aplicación de alguna de las dos normas que al momento del fallecimiento de su causante regulaban un mismo asunto relativo al reconocimiento de una pensión de sobreviviente, al punto de pretender reducir el examen a la validación de la condición más beneficiosa entre el Decreto 1211 de 1990 y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Sobre el punto, la señora Muñoz Altamar adujo en su recurso de apelación que el principio de favorabilidad era el fundamento válido para la aplicación preferente del Decreto 758 de 1990, por cuanto dicha norma contemplaba menos tiempo de cotización requerido para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente que el previsto en el Decreto 1211 de 1990, lo cual le permitía acceder a aquella prerrogativa a diferencia de la situación contemplada en el régimen especial de las Fuerzas Militares, de tal manera que en efecto le era más conveniente a sus intereses la regulación del ISS.

Empero, el aludido principio no halla la entidad suficiente para configurarse en el caso *sub iudice*, ni para que se pueda acceder a lo pretendido, por cuanto:

i) Como primera medida, debe precisarse que para la subsección no existe duda frente a la norma que en efecto le era aplicable a la demandante como beneficiaria del cónyuge fallecido (quien laboró en el Ejército Nacional), en tanto es palmario que los miembros de las Fuerzas Militares tenían para la fecha del deceso del causante¹¹ una regulación puntual que regía todo lo atinente a las prestaciones derivadas de eventos como la muerte en simple actividad configurada particularmente en el caso del señor Cruz Manuel Torres Acosta¹², tal como lo preveía el artículo 191 del Decreto 1211 de

⁹ Conforme hoja de servicios n.º 409 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, visible a folio 22 del expediente.

¹⁰ Según sentencia de unificación del 25 de abril de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso con radicado n.º: 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09). Demandante: María Emilsen Larrahondo Molina. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

¹¹ Ocurrida el 2 de julio de 1992 de conformidad con el registro civil de defunción obrante a folio 26 del plenario.

¹² Según informativo administrativo por muerte n.º 001 expedido por la Primera División del Ejército Nacional que reposa a folio 23.



1990¹³, al punto de no existir un vacío estatutario al respecto que debiera suplirse con otro tipo de normativa.

Ahora bien, al realizar un ejercicio de contraste entre el referido acto administrativo y el Decreto 758 de 1990 (puntualmente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por éste), se encuentra que la comparación pretendida por la libelista desde el punto de vista de la favorabilidad, se plantearía en un escenario de dos normas especiales (y no una general y otra excepcional), cuyos contenidos y fines son totalmente disímiles en razón de los sujetos beneficiarios de cada una, tanto así que se trata por un lado de un régimen previsto solo para los miembros de la Fuerza Pública y de otra parte, un régimen desarrollado exclusivamente para los afiliados al ISS que hubiesen realizado cotizaciones a aquella entidad, tal como los artículos 1.º y 2.º *ibídem* lo indican en cuanto a su ámbito de aplicación.

Sobre este postulado se advierte con claridad que los destinatarios de ambas normas tienen naturalezas jurídicas disímiles que a todas luces se contraponen e impiden realizar un juicio de igualdad propio e inherente a la aplicación del principio de favorabilidad, puesto que no se advierte el mínimo de condiciones objetivas de equivalencia situacional (como serían las de un régimen general), que habiliten encontrar la razón de la desproporción o del trato diferencial entre sí, a fin de deslegitimar y suprimir la acción discriminatoria negativa alegada, y de esta forma fijar entre las dos normas la más beneficiosa para el administrado en orden de aplicarla de preferencia y concretar o hacer efectiva una igualdad material respecto de una misma situación jurídica que es regulada de manera diferente para dos sujetos en equivalencia de condiciones, pero que se torna más beneficiosa o favorable para alguno de ellos en detrimento del otro, lo cual efectivamente no tendría justificación constitucional ni legal.

Empero, se infiere para el caso *sub lite* que entre los miembros de las Fuerzas Militares y los afiliados al extinto ISS, no se presentaba alguna mínima equiparación de condiciones, pues precisamente cada uno estaba regulado por normas especiales y exclusivas que se apartaban del régimen general vigente para la época (previsto en la Ley 33 de 1985 para los servidores públicos), de tal suerte que el presente asunto consiste en un trato diferencial justificado entre dos poblaciones ya diferenciadas respecto de la normativa general, al punto de ser inviable el hecho de pretender aplicar los aspectos más favorables de una regulación excepcional a otra de igual categoría, cuando incluso no es posible constitucionalmente estimarlos en un grado de igualdad material que sustente esa posibilidad.

A esta conclusión ha arribado el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2017¹⁴, pues aunado a lo esbozado *ut supra*, se precisó que

¹³ «ARTICULO 191. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, 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 dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente Estatuto.
- b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.»



tampoco era aplicable el Decreto 758 de 1990 a un caso similar, debido a que el causante de la parte demandante no cumplía con las condiciones o supuestos de hecho fijados en dicha norma como indispensables para ser sometidos a su contenido, esto es, que hubiese sido servidor público afiliado al ISS y con cotizaciones efectivas a pensión en aquella entidad. Así lo manifestó la corporación al señalar que:

«[...] Visto lo anterior, se tiene que son destinatarios de los beneficios allí dispuestos sólo los trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS o excepcionalmente tal como lo ha entendido la jurisprudencia en aplicación al principio de favorabilidad, los empleados públicos que estuvieren afiliados al riesgo de pensión a esta entidad y por ende efectúen cotizaciones al ISS, o a este y otras entidades de previsión social, situación fáctica en la que no se hallaba la causante, puesto que conforme al material probatorio aportado al plenario ésta laboró al servicio de la docencia desde el 30 de abril de 1974 al 28 de enero de 1991, periodo en el cual las cotizaciones a seguridad social pensiones se efectuaron al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto en el evento de existir la obligación de pago de pensión le correspondería asumirlo a la entidad empleadora.

Así las cosas, habida cuenta de que la aplicación de la referida norma delimita su campo de acción a trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS, a los afiliados obligatorios a dicha entidad o en forma excepcional a los servidores públicos que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS, no es procedente aplicar en forma extensiva dicha norma a los demandantes en orden a hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en ella contemplada, pues no se encuentran en ninguno de estos supuestos fácticos. Se reitera la misma tiene como destinatario el sector privado y excepcionalmente los empleados públicos que hubieren realizado cotizaciones al ISS.

Lo anterior por cuanto dentro del plenario no se acreditó que la señora Marta Luz Loaiza de Duque en su calidad de docente hubiera estado afiliado al ISS para el riesgo de pensiones, no siendo posible aplicar en forma extensiva esta norma, puesto que la misma es clara al indicar sus beneficiarios, dentro de los cuales no se halla la causante por haberse desempeñado como docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien no efectuó cotizaciones al ISS para efectos pensionales.[...]

En suma, no existe duda ni confrontación entre las normas regulatorias de la pensión de sobreviviente para la época de los hechos respecto de los miembros de las Fuerza Militares y los afiliados al ISS, porque las dos no son comparables con fines de determinar la más favorable o beneficiosa para cada quien, al tratarse de regímenes que desarrollan de manera especial las prestaciones y derechos de cada tipo de beneficiario con fundamento en sus propias condiciones diferenciadoras a las de la normativa general, tanto así que en el caso de la demandante, su causante no acreditó el mínimo de circunstancias de hecho y de derecho que prevé el Decreto 758 de 1990 con el fin de que éste le resultarle aplicable.

ii) Si bien es evidente que en virtud del principio de favorabilidad no era viable reconocer una pensión de sobreviviente a la libelista con base en el

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-01888-01(0620-17), Demandantes: María del Pilar Gómez Loaiza y Sergio de Jesús Duque Moreno. Demandado: Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia.



régimen del ISS, tampoco habría resultado procedente hacerlo en la medida en que el referido postulado de la favorabilidad (en caso de haber prosperado) reñiría con el también principio constitucional de inescindibilidad normativa, toda vez que no es posible jurídicamente que una norma específica que rige determinado asunto, sea fraccionada y adicionada con distintos enunciados de otras disposiciones en procura de la favorabilidad y de la condición más beneficiosa de un particular, al punto de crear un régimen paralelo, pues se atentaría contra la libertad de configuración normativa del Legislador o contra la competencia funcional regulatoria de las autoridades administrativas.

Pese a lo manifestado, la propia Corte Constitucional¹⁵ ha indicado que dicho postulado de la inescindibilidad o «conglobamiento» no es absoluto y tiene límites, por ejemplo cuando el Legislador es quien en virtud de transiciones normativas contempla la aplicación de ciertos enunciados de una y otra norma, o cuando de manera razonada y proporcional se justifica esta fragmentación como sucedería en los casos en los que un régimen especial es complementado con aspectos del régimen general a fin de garantizar la mayor protección en clave de igualdad material.

Bajo este supuesto, es válido resaltar que para el caso *sub examine* no se configuran las situaciones excepcionales previstas por la aludida corte, habida cuenta de que ni el Consejo Nacional de Seguros Sociales ni el Ministerio de Trabajo como autoridades administrativas que expidieron el Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758 del mismo año respectivamente, previeron que su contenido tuviera efectos transicionales y mucho menos que pudiera ser aplicado a otros destinatarios distintos a los que la respectiva norma cobijó y a quienes de igual forma excluyó expresamente en su artículo 2.º, dentro de los cuales se encuentran las personas con regímenes especiales como el de las Fuerzas Militares.

En adición a esto, tampoco existe un criterio de razonabilidad o proporcionalidad en función de la igualdad como se expuso con anterioridad, debido a que no puede concebirse la idea de desarticular dos normativas excepcionales y diferenciadoras para combinarlas a voluntad del intérprete amparado en el principio de favorabilidad y con el ánimo de crear una nueva regulación, en atención a que ésta no sería complementaria como lo asume la parte demandante, sino que por el contrario se tornaría en discriminatoria, desigual y por consiguiente inconstitucional respecto de las previsiones aplicables a los destinatarios del régimen general, o incluso de otros regímenes especiales, pues en efecto sería más beneficiosa pero sin causa justificada que la respalde.

¹⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 023 del 5 de abril de 2018. Referencia: T-2.202.165. «Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, *per se*, al desconocimiento del principio de «inescindibilidad» o «conglobamiento», en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben «aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido», también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.»



• **Del cumplimiento de requisitos para acceder al derecho pretendido conforme a la norma aplicable**

Una vez validado el hecho de que para el caso de la demandante no resultaba aplicable el régimen del Decreto 758 de 1990 como lo pretendía en su libelo introductor, también es dable dilucidar si en efecto aquella era titular o no de un derecho prestacional asimilable a la sustitución pensional o a la pensión de sobreviviente, conforme los postulados de la norma vigente al momento del fallecimiento de su cónyuge, esto es, el Decreto 1211 de 1990 «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares».

Al respecto se observa que en efecto el señor Cruz Manuel Torres Acosta se desempeñó como sargento segundo (SS) del Ejército Nacional entre el 12 de julio de 1980 (fecha de ingreso como soldado), hasta el 2 de julio de 1992, fecha a partir de la cual fue retirado de manera definitiva del servicio por defunción, tal como se infiere de la hoja de servicios n.º 409 expedida por el comandante de la institución militar en comento que obra a folio 22 del expediente.

En virtud de lo anterior, es decir, de su retiro de la institución por muerte en simple actividad según la calificación efectuada en el informativo administrativo n.º 001 obrante a folio 23 *idem*, la norma *ejusdem* contemplaba en su Capítulo V, Sección I, artículo 191, una serie de prestaciones derivadas de dicha situación jurídica, tales como:

«ARTICULO 191. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, 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 dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente Estatuto.

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

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.»

Luego de verificar el caso del señor Torres Acosta se encontró que éste prestó su servicio al Ejército Nacional por un lapso de 12 años, 1 mes y 19 días¹⁶, lo cual de entrada implica que aquel no reunió el tiempo laboral requerido normativamente para que le fuera reconocida la mentada asignación de retiro¹⁷; sin embargo a la demandante sí le fue otorgado el respectivo auxilio de cesantía y el pago de compensación por muerte de que trata el precitado artículo, tal como se extrae de la Resolución 04571 del 12 de mayo de 1993 (visible a folio 24), por lo que en efecto le fueron

¹⁶ Según tabla de tiempo de servicio reportada en la liquidación del auxilio de cesantía obrante a folio 22.

¹⁷ Tiempo equivalente a 15 años de servicio al servicio de la institución según el literal c.) del artículo 191 del Decreto 1211 de 1990.



canceladas las acreencias de las que era titular como beneficiaria de su esposo a raíz de su fallecimiento.

Epítome de lo expuesto, es patente que la situación jurídica de la demandante con ocasión de la muerte de su cónyuge (quien estuvo vinculado al servicio del Ejército Nacional), se consolidó o se configuró de manera definitiva en virtud del régimen especial vigente que la amparaba a la fecha del deceso de su causante, esto es, conforme el Decreto 1211 de 1990, tanto así que aquella recibió lo que por concepto de prestaciones le correspondía en derivación de los derechos de un sargento segundo sin goce de una asignación de retiro, debido a que no logró acreditar el lleno de las exigencias para acceder a dicha prestación y, por ende, a lo que ésta comportaba para la cónyuge *supérstite*, como habría sido eventualmente una suerte de pensión de sobreviviente que en su oportunidad desarrollaba el artículo 195 *ibídem*.

En conclusión: La demandante no tenía derecho al reconocimiento de una pensión de sobreviviente en virtud del Decreto 758 de 1990 (aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 que regía para los afiliados del ISS), dado que no resultaba aplicable el principio de favorabilidad a su caso en orden de desligarse de lo regulado en el Decreto 1211 de 1990, especial para los miembros de las Fuerzas Militares, en la medida en que las condiciones de ambos regímenes al ser excepcionales *per se*, no eran equiparables a fin de determinar cuál era la norma más beneficiosa en garantía del derecho a la igualdad material, aunado al hecho de que ambas resultaban inescindibles en cuanto a su contenido, debido a la calidad de sus respectivos beneficiarios que las hacían incompatibles y, finalmente, en razón a que la libelista sí percibió las prestaciones que conforme la norma que regulaba su situación debía recibir con ocasión del deceso de su causante.

Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia impugnada en cuanto a la negación de reconocimiento de una pensión de sobreviviente, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas en esta instancia

Esta subsección en providencia con ponencia de este Despacho¹⁸ sentó posición sobre la condena en comento en vigencia del CPACA, y en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- 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 «resolverá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

¹⁸ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



- 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 en atención a 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 CGP¹⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por 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 público²⁰.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

No obstante, debido a que la entidad demandada no intervino con sus alegatos de conclusión en este estadio procesal, se considera que no hubo una diligencia o actuación de la contraparte que deba ser reconocida, por lo que la Sala se abstendrá de condenar en costas a la apelante.

¹⁹ «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: [...] »

²⁰ 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: 47001-23-33-000-2015-00173-01 (1993-2017)

Demandante: Elizabeth Muñoz Altamar

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

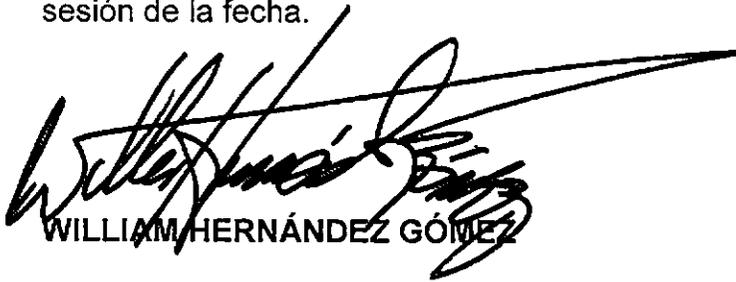
Primero: Confirmar la sentencia del 14 de febrero de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Elizabeth Muñoz Altamar contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

legis

