

Sentencia T-378/18



Referencia: Expediente T- 6.609.230

Acción de tutela instaurada María Antonieta Moreno Fonseca, quien actúa a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera, Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el nueve (9) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado que confirmó la sentencia dictada el diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María Antonia Moreno Fonseca, quien actúa a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional-.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, remitió a la Corte Constitucional el expediente T- 6.609.230; posteriormente la Sala de Selección de Tutelas Número Dos¹ de la Corte Constitucional, mediante Auto del 27 de febrero de 2018, eligió para efectos de su revisión el asunto de referencia y por reparto correspondió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

¹ Integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1 Milton Medina Moreno, hijo de la accionante, ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 1 de abril de 1993 y fue dado de baja el 29 de junio de 1997 en cumplimiento de actos propios del servicio.

1.1.2 En virtud de lo anterior, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa expidió la Resolución N° 14282 del 20 de noviembre de 1997, donde reconoció a favor de la señora María Antonia Moreno Fonseca, y Cristóbal Medina Porras, el pago de una compensación económica por la muerte en combate de su hijo y el ascenso a Cabo Segundo Póstumo del mismo². La referida compensación fue equivalente a 48 meses del sueldo básico de un Cabo Segundo.

1.1.3 Posteriormente y luego de haber sido asesorada jurídicamente³, solicitó el 04 de noviembre de 2016 a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su hijo, sin embargo la entidad negó la solicitud mediante Resolución N° 0167 del 5 de enero de 2017, ya que el Decreto 2728 de 1968⁴ no consagra tal prestación, con ocasión de la muerte del Personal de Soldados Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia⁵

1.1.4 Arguye ser sujeto de especial protección constitucional, toda vez que tiene 73 años, no tiene cónyuge o compañero permanente⁶, ni ingreso alguno. Dependía económicamente de su hijo, por lo que en la actualidad no cuenta con recursos necesarios que le permitan satisfacer su congrua subsistencia. Además, padece diabetes mellitus

² Folio 8 del Expediente

³ A folio 18 se lee que a pesar de que el Ministerio de Defensa le manifestó mediante Resolución N° 14282 del 20 de noviembre de 2017 (por medio de la cual le reconoció el pago de la compensación económica por la muerte de su hijo) que solo le asistía el Derecho a recibir una indemnización, afirma que, *“pasado el tiempo y debido a rumores y consejos de algunas personas conocidas acudió en busca de la asesoría de su actual apoderado, al considerar que le asistía el derecho a recibir una pensión de sobreviviente”*.

⁴ *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”*.

⁵ Folio 10 del expediente

⁶ Ver folio 5 del expediente- Copia simple del registro civil de defunción del señor Cristóbal Medina Porras, padre del también fallecido Milton Medina Moreno.

e hipertensión arterial, enfermedades que requieren tratamiento permanente y ponen en riesgo su vida⁷.

1.2. Solicitud de Tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la señora María Antonia Moreno Fonseca solicita a través de apoderado judicial, la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, los cuales han sido presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional, al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Milton Medina Moreno.

1.3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- (i) Poder judicial otorgado al abogado Edison Francisco Giraldo Correa por parte de la señora María Antonia Moreno Fonseca. (Folio 2)
- (ii) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Antonia Moreno Fonseca, en la cual se certifica que nació el día 2 de julio de 1944. (Folio 4)
- (iii) Copia simple del registro civil de defunción del señor Cristóbal Medina Porras, padre del también fallecido Milton Medina Moreno, en el cual se anota como fecha de defunción el 03 de mayo de 2010. (folio 5)
- (iv) Copia del registro civil de nacimiento de Milton Medina Moreno, en el cual se certifica que nació el 22 de septiembre de 1972 y que su señora madre es María Antonia Moreno Fonseca. (folio 6)
- (v) Copia de certificado de defunción de Milton Medina Moreno (q.e.p.d), en el cual se anota como fecha del deceso el 29 de junio de 1997. (folio 7)
- (vi) Copia de la Resolución N° 0167 de 2017, proferida por el Grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se resuelve la solicitud de pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Antonia Moreno Fonseca bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte de Soldados

⁷ Folio 14 del expediente (vii) se aporta certificado médico, expedido por Caprecom EPS –S, en el cual se anota “*paciente de 72 años con antecedente de enfermedad crónica diabetes mellitus e hipertensión arterial, quien requiere tratamiento permanente y depende del mismo*”. Firmado por la Doctora Julieth Prieto Reina

Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia. (Folios 8 a 11)

- (vii) Certificado médico, expedido por Caprecom EPS –S, en el cual se anota que la señora María Antonia Moreno Fonseca “*tiene 72 años con antecedente de enfermedad crónica diabetes mellitus e hipertensión arterial, quien requiere tratamiento permanente y depende del mismo*”. Firmado por la Doctora Julieth Prieto Reina. (Folio 14)
- (viii) Copia de la declaración juramentada extraproceso de Héctor Álvaro Salgado García, en la cual manifiesta que le consta que la señora María Antonia Moreno Fonseca dependía económicamente de su hijo Milton Medina Moreno (q.e.p.d), que la referida no cuenta con ingreso alguno. Que el fallecido Milton Moreno era soltero, nunca se casó y no tuvo hijos. (Folio15)

1.4. Actuación Procesal

Traslado y contestación de la demanda

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Tribunal Administrativo de Tolima, mediante Auto del 07 de julio de 2017, se corrió traslado al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional, con el fin de que se pronunciara sobre los hechos que motivaron la presente acción de tutela.

Respuesta de las entidades accionadas

Ministerio de Defensa – Ejército Nacional- Dirección de Prestaciones Sociales -.

El 18 de julio de 2017, el Director⁸ de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional remitió al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa la acción de tutela para que se pronunciara sobre los hechos. Indicó que la referida entidad expidió la Resolución N° 0167 del 05 de enero de 2017 por la cual se resolvió la solicitud de pensión de sobrevivientes objeto de la presente acción constitucional.

Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa

La coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa solicitó, en primer lugar, la desvinculación del Ministerio de

⁸ Teniente Coronel Valentín Romero Garzón.

Defensa Nacional, toda vez que conforme las competencias que han sido delegadas, corresponde a ese Grupo pronunciarse respecto de los hechos y pretensiones esbozados en la acción de tutela, y en segundo lugar, solicitó negar el amparo invocado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

*“Inicialmente es necesario precisar que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, bien se trate de una pensión de vejez, invalidez de sobrevivientes, a menos que dadas las circunstancias del caso concreto, los medios de defensa judiciales resulten ineficaces para la garantía de los derechos fundamentales o se pueda razonablemente prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*⁹

Informó que esta dependencia, a través de acto administrativo (Resolución N° 167 del 5 de enero de 2017), declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes, por el deceso del Cabo Segundo póstumo del Ejército Nacional Medina Moreno Milton, a favor de la señora María Antonia Moreno Fonseca, en calidad de madre del causante, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de dicha resolución¹⁰. Sostuvo además que en los trámites de notificación se le indicó expresamente que contra dicha determinación procedía el recurso de reposición, el cual podía interponer en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez 10 días hábiles siguientes a ella, o a la desfijación del aviso, acto administrativo que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriado, no existiendo actuación administrativa que adelantar por parte de esa Coordinación.

Finalmente señaló que, como quiera que el mencionado acto administrativo goza de la presunción de legalidad, advirtió que la acción de tutela, no es el mecanismo para debatir aspectos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales, máxime cuando el accionante no logra acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que permita la intervención del juez constitucional.

1.5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

⁹ Folios 53 y 54 del expediente

¹⁰ “Por el fallecimiento del Soldado Voluntario Milton Medina Moreno, ascendido en forma póstuma a grado de Cabo Segundo, no se generó el derecho al reconocimiento de pensión a favor de la señora María Antonia Moreno Fonseca, en calidad de madre del de Cujus, toda vez que, el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de Soldados Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia” (Folio 10 del expediente)

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante fallo del 19 de julio de 2017, declaró la improcedencia de la presente acción de tutela al considerar que la actora no allegó prueba alguna que demostrara la ineficacia del mecanismo judicial ordinario para hacer efectivo el derecho pensional que reclama mediante esta acción constitucional. Además, considero que no se cumplió con la exigencia del requisito de inmediatez, toda vez que el hijo de la accionante falleció hace 20 años.

Impugnación

La actora, a través de apoderado, impugnó la decisión del Tribunal Administrativo. Señaló ser una persona de la tercera edad, sin esposo o compañero permanente, que carece de los recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas y padece diabetes mellitus e hipertensión arterial. Indicó que el hecho de que la señora María Antonia Moreno haya solicitado el amparo de sus derechos, años después de la configuración del hecho vulnerador, se debe concretamente a dos factores externos: **(i)** que el Ejército Nacional le aseguró no tener derecho a obtener la pensión de sobrevivientes reclamada y **(ii)** que en esa época, aun podía valerse por sí misma, realizando labores varias.

Señaló que el medio judicial ordinario previsto para estos casos es ineficaz en la medida en que puede someterse a una demora que no está en condiciones de esperar dadas las condiciones que la circunscriben, como sujeto de especial protección constitucional.

Segunda instancia

La Sala de lo Contencioso Administrativo, (Sección Segunda- Subsección b) del Consejo de Estado, mediante fallo del 09 de octubre de 2017, confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que para la procedencia de la acción de tutela se requiere que el medio de defensa ordinario sea ineficaz, situación que no ocurre en este caso. Indicó que, con la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la implementación de las medidas cautelares en el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho garantizan la protección de los derechos cuya vulneración alega la actora. Consideró no acreditada la afectación al mínimo vital de la referida, pues el deceso de su hijo ocurrió hace 20 años. Por lo que no se puede inferir la dependencia económica de la tutelante. Finalmente, precisó que si bien la señora María Antonia Moreno Fonseca pertenece a la tercera edad y por este hecho puede ser considerada como sujeto de especial protección constitucional, esta sola circunstancia no implica que proceda la tutela para el reconocimiento de la pensión, pues se debe probar si quiera que requiere una protección urgente.

1.6 Actuación procesal surtida en sede de revisión

El Magistrado Sustanciador, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, mediante Auto del 24 de abril de 2018, decretó pruebas relacionadas con el tiempo de servicio de Milton Moreno Fonseca, fallecido hijo de la accionante, con el fin de analizar cuál es el régimen que en el caso resulta aplicable.

Dentro del término otorgado para dar contestación, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional informó que, *“al consultar el sistema de información, se advierte que el Grupo de Archivo del Ministerio expidió el certificado número CERT2016-7759 del 18 de noviembre de 20165, (del cual anexó copia) donde se indica que el Soldado Regular Medina Moreno Milton, ingresó al Ejército Nacional el 19 de septiembre de 1991 y fue dado de baja en el grado de Cabo Segundo (póstumo) el 29 de junio de 1997, lo cual es conformado por la hoja de servicios número 44. Y el certificado de últimos haberes y descuentos de octubre 1 de 1997, (de lo cual también anexó copia).¹¹”*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 14 de noviembre de 2017, expedido por la Sala de Selección Número Once de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso

La señora María Antonia Moreno Fonseca, quien actúa a través de apoderado judicial instauró acción de tutela en contra de del Ministerio de Defensa Nacional, luego de que dicha entidad se negara a reconocer la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho, a causa del fallecimiento en combate de su hijo, bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte del Personal de Soldados Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia.

En consecuencia la actora invoca la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana con el fin de que la entidad accionada reconozca y pague la pensión de

¹¹ (Folios 20 a 40 Cuaderno Corte Constitucional)

sobrevivientes a la cual considera tener derecho, teniendo en cuenta que **(i)** su avanzada edad y **(ii)** su difícil situación económica, la circunscriben como sujeto de especial protección constitucional

Problemas jurídicos a resolver

Con miras a resolver la situación planteada, la Sala estima pertinente determinar en primer lugar, si en el presente caso, concurren las reglas jurisprudenciales sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de derechos pensionales. Para ello, se iniciará por analizar el siguiente problema jurídico:

¿Resulta procedente la acción de tutela instaurada por María Antonia Fonseca de 73 años de edad, quien padece diabetes mellitus e hipertensión arterial, enfermedades que requieren tratamiento permanente, en contra del Ministerio de Defensa, a través de la cual solicita que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho, en la medida en que existen otros medios judiciales a su favor, explícitamente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

Paso seguido se determinará si en el presente caso concurren los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

En caso de que se supere el anterior estudio de forma, la Sala Novena, desarrollará los problemas jurídicos que a continuación se plantean:

¿El Ministerio de Defensa Nacional vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora María Antonia Moreno, al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que pretende, en su condición de madre del causante, bajo el argumento que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte del Personal de soldados grumetes e infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia?

2.1 Reglas sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de retroactivo pensional. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se

requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹².

Al respecto, este Tribunal ha señalado que *“no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.”*¹³ (Negrillas fuera del texto original).

En lo referente a la posibilidad de instaurar acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esta Corporación ha dejado sentado que si bien estos asuntos deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa tal regla puede replantearse a medida que surjan circunstancias excepcionales que ameriten la necesidad de salvaguardar garantías iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

En este sentido, esta Corte ha indicado que en aquellos eventos en los que se busca el reconocimiento de un derecho pensional por vía tutela, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza dependiendo de las circunstancias personales del accionante, es por ello que debe analizarse, por ejemplo, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de personas de la tercera edad que se encuentran en situación de pobreza o debilidad manifiesta, debido al deterioro de su estado de salud, y además se encuentren imposibilitados para procurarse los medios necesarios que garanticen sus necesidades básicas. Así mismo, la Sala debe verificar que el accionante ha buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, el amparo de los derechos fundamentales que invoca.¹⁴

¹² “la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario¹²; (ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia¹². Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, **personas de la tercera edad**, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. Sentencias T-789 de 2003, T- 456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016, entre otras.

¹³ Sentencia T- 468 de 1999, Sentencia T- 582 de 2010.

¹⁴ Sentencia T-1093 de 2012 “el examen de las tutelas presentadas por sujetos de especial protección constitucional debe abordarse bajo criterios amplios o flexibles, dada la tutela que la Carta concede en favor de esos colectivos y tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial

De este modo “*la acción de tutela deviene procedente para el reconocimiento de pretensiones prestacionales en materia pensional, si su desconocimiento compromete de forma conexa derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales*”¹⁵

De conformidad con lo expuesto, se hace necesario valorar la situación particular de la accionante en aras de establecer si es procedente iniciar el estudio jurídico de fondo de la discusión planteada. Se tiene que la señora María Antonia Moreno Fonseca **(i)** tiene 73 años de edad; **(ii)** sufre diabetes mellitus e hipertensión arterial, enfermedades que requieren tratamiento permanente; **(iii)** a causa de los quebrantos propios de su edad y estado de salud, se encuentra imposibilitada para procurarse los recursos económicos que le permitan satisfacer su congrua subsistencia; **(iv)** se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado en salud¹⁶ con un puntaje de 35, 34; **(v)** no cuenta con el apoyo de su familia. Su esposo y su hijo fallecieron, teniendo en cuenta que dependía económicamente de este último¹⁷, por lo que se demuestra la afectación a su derecho fundamental al mínimo vital.

Si bien en el presente caso la accionante cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa al solicitar la implementación de medidas cautelares en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, este medio, aunque es idóneo, en la medida en la que ha sido previsto como herramienta judicial para cuestionar controversias de esta naturaleza, no resulta eficaz debido al juicio dispendioso que implica llevarlo a cabo, tratándose de una persona que debido a su edad, a su estado de salud, y a su baja formación, no se encuentra en las condiciones óptimas y necesarias para tal efecto. Dicho lo anterior, resulta desproporcionado someter a una persona de esas características a un juicio técnico en el que debe actuar a través de apoderado judicial.

protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”.

¹⁵ Sentencias T 581 de 2006, T- 248 de 2008, T- 484 de 2012.

¹⁶ Consulta efectuada el 02 de agosto de 2018 en la página virtual del Sisben: “<https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/consulta-del-puntaje.aspx>”

¹⁷ Al respecto, a folio 15 del expediente, la accionante anexó copia de la declaración juramentada extraproceso de Héctor Álvaro Salgado García, en la cual manifiesta que le consta que la señora María Antonia Moreno Fonseca dependía económicamente de su hijo Milton Medina Moreno (q.e.p.d), que la referida no cuenta con ingreso alguno. Que el fallecido Milton Moreno era soltero, nunca se casó y no tuvo hijos. (Folio15)

A manera de conclusión la Sala encuentra que es la acción de tutela el mecanismo definitivo con el cual cuenta la señora María Antonia Moreno Fonseca para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, teniendo en cuenta las circunstancias que la circunscriben como sujeto de especial protección constitucional por parte de Estado.

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: “**(i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar por sí misma o por quien actúe a su nombre; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal**”.¹⁸

El Decreto 2591 de 1991 reglamenta en su artículo 10 la legitimidad e interés en la acción de tutela, y señala que:

“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

La jurisprudencia de esta Corporación¹⁹ también ha desarrollado las hipótesis para instaurar acción de tutela: “**(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental;** (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso”. (Sin negrilla en el texto original)

Respecto a la posibilidad de actuar por intermedio de apoderado, la jurisprudencia²⁰ de esta Corte ha señalado: “(...) *el apoderado judicial debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general*

¹⁸Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

¹⁹ Sentencias T-308 de 2011, T- 482 de 2013, T-841 de 2011.

²⁰ Sentencias T-308 de 2011, T- 482 de 2013, T-841 de 2011.

respectivo”.

En este caso, la tutela fue presentada a través de apoderado judicial²¹ quien acreditó su calidad, anexando poder especial conferido por la señora María Antonia Moreno Fonseca, quien es la titular de la vulneración alegada, con el fin de solicitar el amparo de los sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Dicho lo anterior, la Sala verifica el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

En virtud del artículo 1²² y 5²³ del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando **a)** estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, **b)** la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o **c)** el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

Siendo el Ministerio de Defensa, una entidad del sector central de la administración comparte la personería jurídica de la nación colombiana²⁴, entidad encargada por medio del grupo de prestaciones sociales que la integra, de reconocer la pensión de sobrevivientes reclamada por la accionante y salvaguardar los derechos presuntamente conculcados, la acción de tutela resulta procedente en su contra.

Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir *“una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales.”*²⁵ Lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que

²¹ Edison Giraldo Correa, tarjeta profesional N° 169388.

²² *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”.*

²³ *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto”.* La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

²⁴ Ley 489 de 1998

²⁵ Sentencia SU-241 de 2015

requieren de la actuación rápida de los jueces.²⁶

No obstante, esta Corte ha señalado que, en aquellos casos, en los que mediante una actuación o acto administrativo se niegue el reconocimiento de una prestación periódica, como es el caso de la pensión de sobrevivientes, la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital se entiende actual²⁷ y las solicitudes relacionadas con su reconocimiento, se pueden efectuar en cualquier tiempo²⁸.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente se tiene que si bien el fallecimiento de Milton Medina Moreno se produjo el 29 de junio de 1997, fecha en la cual surge el estatus pensional de la señora María Antonia Moreno Fonseca, fue hasta el 04 de noviembre de 2016, (20 años después) que la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho como familiar beneficiaria de su hijo fallecido en actos propios del servicio militar, según manifiesta, debido a que confió plenamente en que lo que el Ministerio de Defensa le manifestó “*no tener derecho a la pensión*” era una actuación legítima, por lo que pasado el tiempo y debido a rumores y consejos de algunas personas conocidas acudió en busca de asesoría de su actual apoderado, quien le indicó que si le asistía el derecho a la referida prestación²⁹.

Aunado a lo anterior, el derecho a la pensión de sobrevivientes de la accionante, en un principio no se derivaba de la lectura literal de la disposición contenida el Decreto 2728 de 1968, ya que la mencionada prestación se empezó a reconocer a través de una interpretación constitucional, que por vía jurisprudencial, específicamente del Consejo de Estado, se fue consolidando, por lo que mal estaría imponer una carga desproporcionada a la señora María Antonia Moreno Fonseca, dadas las condiciones económicas y sociales en las que se encontraba y el conocimiento especializado que se requería en el asunto, razón por la cual la tardanza en la que incurrió la accionante para solicitar la pensión de sobrevivientes, debe analizarse de manera diferencial.

Hecha la anterior precisión, la Sala encuentra que, en el caso objeto de revisión, el hecho vulnerador se da con ocasión de la negativa emitida por parte del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa para efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada por la accionante, esto es el 5 de enero de 2017, mediante Resolución N°

²⁶ Sentencia T- 038 de 2017

²⁷ Sentencia T- 774 de 2015. Esa regla judicial se ha derivado de la interpretación que ha efectuado la Corte Constitucional sobre las normas de caducidad de los medios de control consignados en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

²⁸ Sentencia T- 774 de 2015.

²⁹ Folio 18 del Expediente.

0167 y no con la muerte en combate del hijo de la referida, esto es, 29 de junio de 1997. En este sentido, el tiempo transcurrido entre el 05 de enero de 2017 y el 07 de julio de 2017, fecha en la cual instaura la acción de tutela se estima razonable.

Con todo, y teniendo en cuenta que la presunta vulneración a los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante continúa, ante la negativa emitida por parte de la entidad accionada para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho, la Sala encuentra que se cumple a cabalidad con este requisito.

La Sala encuentra procedente de la presente acción de tutela, por lo que pasará a realizar el análisis de problema jurídico concerniente al fondo del asunto.

Con el fin de resolver el problema jurídico de fondo, se abordarán los siguientes ejes temáticos **(i)** derecho a la seguridad social; **(ii)** pensión de sobrevivientes en el Régimen general de seguridad social y Régimen Especial de las Fuerzas Militares. Reiteración de jurisprudencia **(iii)** Aplicación del régimen general de seguridad social a quienes pertenecen al régimen especial de las Fuerzas Militares.

Derecho a la seguridad social

En lo que respecta a la presente consideración se reiterará y se seguirá muy de cerca, lo ya desarrollado por esta Sala en Sentencia T- 028 de 2017³⁰ teniendo en cuenta que en ella se destacó el concepto, la naturaleza y la protección constitucional del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “*en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*”. Para esta Corporación, la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “*conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y*

³⁰ Sentencia T -028 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos, en esta oportunidad se resolvió la situación jurídica de una persona de 73 años, a quien Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que estimaba tener derecho, debido a que las cotizaciones por el realizadas no se efectuaron únicamente a -Colpensiones- sino a otras cajas. La Sala reiteró la postura de la Corte sobre la posibilidad de contabilizar los tiempos cotizados con independencia de a qué administradora se hubiera hecho el pago de la cotización, por lo que tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del actor.

oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”³¹

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político³², donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación³³”

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo³⁴.”

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas

³¹ Sentencia T -036 de 2017.

³² Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

³³ Artículo 366 de la Constitución.

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19. Introducción, Numeral 2.

afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.³⁵

De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que *"su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional"* y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.³⁶

Por lo expuesto en precedencia, resulta claro que la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.

Pensión de sobrevivientes en el régimen general de seguridad social y en el régimen especial de las fuerzas militares. Reiteración de jurisprudencia

Con el objetivo de materializar las disposiciones constitucionales relacionadas con el efectivo goce del derecho a la seguridad social, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993 *"por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social"* con el objetivo de *" (...) proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"*³⁷. Dicha ley reglamenta diferentes regímenes prestacionales, tales como, el de pensiones, el de salud, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios.

De acuerdo con las particularidades del caso sometido a revisión, nos referiremos a la pensión de sobrevivientes en el sistema general de seguridad social, previsto en la Ley 100 de 1993, la cual, establecía inicialmente en su artículo 46 que *"tendrán derecho a la mencionada prestación (i) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y (ii) los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes"*

³⁵ Sentencias T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013 entre otras.

³⁶ Constitución Política de Colombia, Artículo 1.

³⁷ Preámbulo Ley 100 de 1993

requisitos: **a)** que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, **b)** que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.”

Posteriormente, la Ley 797 de 2003, “*por medio de la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*” en su artículo 12 aumentó el periodo de cotización y el número de semanas que deben ser aportadas. Así: “*tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando hubiere cotizado (50) cincuenta semanas dentro de los últimos (3) tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento*”.

El artículo 13 de la referida Ley, establece en su literal d) que, “*a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste*”.

Por otro lado, el artículo 48 de la mencionada ley señala que “*el monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación*”.

Así, es este el régimen que por generalidad es aplicable a la mayoría de la población, una vez se acredita la configuración de los requisitos establecidos para acceder a las prestaciones que allí se contemplan, como lo es la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, dada la existencia de grupos específicos, que ostentan características particulares debido a la actividad que desempeñan, se consagró en la Carta Política, la existencia de regímenes especiales destinados a “*atender las exigencias y derechos adquiridos de ciertos sectores que por sus características y condiciones específicas deben ser tratados justificadamente de manera distinta al resto de la población beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social, razón por la cual no se vulnera per se el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta*”³⁸.

Bajo este panorama, la Constitución consagró en su artículo 217 “*(...) la Ley*

³⁸ Sentencia T- 393 de 2013

determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros, y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio. El artículo 150 superior, numeral 19, inciso E, señala que le corresponde al Congreso “fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública”.

Aunado a lo anterior, y en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador al Presidente de la República se expidieron los decretos por medio de los cuales se regula el régimen prestacional y salarial de las fuerzas militares. Estos son Decretos 2728 de 1968,³⁹ 1211 de 1990⁴⁰, Ley 447 de 1998⁴¹ y el Decreto 4433 de 2004⁴².

Acerca de las prestaciones sociales que se reconocen por causa de muerte a los beneficiarios de los Soldados y Grumetes de las fuerzas militares, en un principio el artículo 8° del **Decreto Ley 2728 de 1968** estableció que:

“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 pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía.

A la muerte de un 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, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo Segundo Marinero.”

No obstante, con el fin de maximizar la protección en términos prestacionales a los beneficiarios del personal de las fuerzas armadas,

³⁹ “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”

⁴⁰ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”

⁴¹ “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”.

⁴² “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública’

fallecido en cumplimiento del deber constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, se expidió el **Decreto Ley 1211 de 1990** “*por medio del cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*”. Dicho decreto, estableció por primera vez una prestación periódica propia de la seguridad social para este sector. El capítulo V, artículo 189, de este Decreto indica:

“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 158⁴³ de este Decreto.”

⁴³ Artículo 158: ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: - Sueldo básico. - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto. - Prima de antigüedad. - Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto. - Duodécima parte de la prima de Navidad. - Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto. - Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. - Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

Por su parte, el artículo 185 del mencionado decreto dispuso:

“Orden de Beneficiarios: Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

- a.** La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.
- b.** Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.
- c.** Si no hubiere hijos la prestación se divide así:
 - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.
 - El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.
- d.** Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así:
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
 - Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.
 - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
 - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

Llegado a este punto, se hace necesario traer a colación la postura decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la necesidad de corregir el trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas por el antes mencionado Decreto Ley 2728 de 1968, a los familiares de los soldados fallecidos en ejercicio de actos propios del servicio, y aquellas fijadas por el también citado Decreto 1211 de 1990, para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias. Con base en ello, ha reconocido el derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios

de los soldados fallecidos en cumplimiento de actos propios del servicio, quienes son ascendidos de manera póstuma al grado de Cabo Segundo.

En este contexto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1º de abril de 2004⁴⁴, señaló que *“es cierto que el artículo 8º 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 si concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el Decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990”*

En el mismo sentido, la mencionada sala en sentencia del treinta (30) de octubre de 2008⁴⁵, reiteró los argumentos expuestos en precedencia y determinó: *“los demandantes en su calidad padres del soldado muerto en combate tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto Ley 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)”*.

⁴⁴ En esta oportunidad, mediante fallo del 1º de abril de 2004, Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03) el alto Tribunal decidió el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, contra sentencia judicial que denegó sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la negativa emitida por parte del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa sobre la pensión de sobrevivientes a la cual consideraban tener derecho, en calidad de padres del fallecido Cabo Segundo Póstumo (soldado regular antes de su muerte-ocurrida en 1991-) bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no consagra el derecho a dicha prestación en el caso de muerte de un soldado regular, y que el Decreto 1211 de 1990 solo es aplicable para Oficiales y Suboficiales. Al respecto la sala modificó la sentencia apelada por los recurrentes, y a título de restablecimiento de derecho condenó a la Nación con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer y pagar el valor de la pensión mensual correspondiente, señalado en el literal “D” del artículo 189, del Decreto 1211 de 1990. Al respecto indicó que *“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 el de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del Decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 literal D del Decreto Ley 1211 de 1990”*.

⁴⁵ Mediante fallo del 30 de octubre de 2008, Rad 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05) el alto Tribunal decidió el recurso de apelación instaurado por la entidad demandada (Ministerio de Defensa Nacional) contra fallo judicial que accedió a las suplicas de la demanda incoada por los actores en su contra, dentro de la solicitud a título de restablecimiento de derechos, de reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en su calidad de padres de soldado regular fallecido en cumplimiento de actos propios del servicio en el año 1996, (ascendido a Cabo Segundo Póstumo). El Tribunal Administrativo confirmó el fallo apelado, que accedió a las suplicas de la demanda incoada, por las razones expuestas.

Bajo este mismo panorama, en providencia del 7 de julio de 2011⁴⁶, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó *“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, solo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente”*.

Agregó: *“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”*.

De este modo concluyó que: *“Los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no solo 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”*.

Posteriormente, la **Ley 447 de 1998** *“por la cual se establece la pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”* estandarizó una modalidad más garantista en la materia, y dispuso lo siguiente:

⁴⁶ En esta ocasión, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de estado, Rad 70001233100020040083201 (2161-2009), decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra fallo judicial mediante el cual se accedió a las pretensiones de los recurrentes, quienes en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su hijo (1998) en cumplimiento de actos propios del servicio (soldado voluntario, ascendido a Cabo Segundo Póstumo). El Tribunal Administrativo en virtud del artículo 4° Constitucional (*“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”*) inaplicó 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 aplicó el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, *“toda vez que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública”* así las cosas confirmó el fallo apelado, que accedió a las pretensiones de la parte demandante.

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

Artículo 5: “serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993”.

“como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva.”

Finalmente, la regulación actual, contenida en el **Decreto 4433 de 2004** “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública” establece que:

Artículo 19: “La muerte de un oficial o suboficial o soldado profesional de las fuerzas militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho a partir de la fecha de fallecimiento, a que por el tesoro público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional (...)”.

El artículo 22 establece que los familiares de los soldados profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000⁴⁷ *“tendrán derecho a que por el tesoro público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente artículo, se entienden como soldados profesionales, los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto”*.

Caso concreto

En el presente asunto se discute el caso de la señora María Antonia Moreno Fonseca, de 73 años de edad, quien actúa a través de apoderado judicial, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, luego de que el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional se negara a reconocer la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho.

Milton Medina Moreno ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 1° de abril de 1993, y fue dado de baja el 29 de junio de 1997 a causa de su fallecimiento en combate, siendo ascendido a Cabo Segundo Póstumo. En consecuencia el Ejército Nacional reconoció a favor de María Antonia Moreno Fonseca y Cristóbal Medina Porras (q.e.p.d), en calidad de padres del causante, el pago de compensación por muerte equivalente a 48 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo.

Sin embargo, luego de ser asesorada jurídicamente, la señora María Antonia Moreno Fonseca solicitó el 04 de noviembre de 2016 al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho con ocasión de la muerte de su hijo, en cumplimiento de actos propios del servicio dentro de las fuerzas militares.

De este modo, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa expidió la Resolución N° 0167 del 05 de enero de 2017, por medio de la cual se declaró que no había lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante, toda vez que *“el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de Soldados Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia”*.

Sobre este punto, y como bien se señaló en las consideraciones de esta providencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de

⁴⁷ *“Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”*

Estado⁴⁸, ha reconocido el derecho a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados fallecidos en cumplimiento de actos propios del servicio, quienes son ascendidos de manera póstuma al grado de Cabo Segundo. En este sentido ha advertido: *“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 si concede tratándose de estos últimos militares. Por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el Decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990”*⁴⁹

Bajo esta lógica, indicó: *“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 el 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”*⁵⁰

Bajo esta óptica, la Corte Constitucional encuentra razonable y proporcional dicha interpretación, toda vez que guarda correspondencia con los preceptos consagrados en la Carta Política, garantiza la efectiva materialización del derecho a la igualdad y elimina escenarios de discriminación en asuntos de esta índole.

Conforme con la jurisprudencia en cita, y teniendo en cuenta que Milton Medina Moreno **(i)** estuvo vinculado al Ejército Nacional por un lapso de 4 años y dos meses, hasta la fecha de su deceso el 29 de junio de 1997, **(ii)** en cumplimiento de actos propios del servicio y que, **(iii)** como consecuencia de ello fue ascendido en forma póstuma a Cabo Segundo, quedando ubicado dentro de los suboficiales⁵¹, beneficiarios de dicha prestación, tal situación le concede el derecho a su ascendente, María Antonia Moreno Fonseca, al

⁴⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallos del 1º de abril de 2004 - Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), (Sección Segunda-Subsección A), del 30 de octubre de 2008 - Rad 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05) (Sección Segunda, Subsección B), del 7 de julio de 2011 Rad 70001233100020040083201 (2161-2009), (Sección Segunda, Subsección B).

⁴⁹ Sentencia del 1º de abril de 2004, Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03).

⁵⁰ fallo del 1º de abril de 2004, Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03)

⁵¹ Artículo 6º Decreto 1211 de 1990 Jerarquía: “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 Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente (...) **b) Suboficiales** 1. Ejército a) Sargento Mayor de Comando Conjunto; b) Sargento Mayor de Comando; c) Sargento Mayor; d) Sargento Primero; e) Sargento Viceprimero; f) Sargento Segundo; g) Cabo Primero; h) **Cabo Segundo**; i) Cabo Tercero”. (negrilla fuera del texto original).

reconocimiento de la pensión de sobreviviente establecida en el literal “D⁵²” del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, a partir del 30 de junio de 1997.

A la luz de lo expuesto, se le atribuye al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora María Antonia Moreno Fonseca, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada, bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte del personal de Soldados Grumetes.

A manera de conclusión la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, procederá a revocar la decisión proferida en segunda instancia, el nueve (09) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por la Sección Segunda- Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

En su lugar, la Sala procederá a conceder el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora María Antonia Moreno Fonseca y en consecuencia ordenará al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa que reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a la cual tiene derecho la señora María Antonia Moreno Fonseca Militares, de acuerdo con lo dispuesto en el literal “D” del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

El derecho pensional debe reconocerse desde el momento de la causación del derecho, incluyendo la suma adeudada a la accionante por concepto de retroactivo pensional, sin perjuicio de que se aplique el fenómeno de la prescripción trienal consagrada en el artículo 448⁵³ del Código Sustantivo de Trabajo, toda vez que operó con la primera petición de reconocimiento

⁵² Decreto 1211 de 1990, literal 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” Artículo 158: “Sueldo básico, prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto, duodécima parte de la prima de Navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidan conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico”.

⁵³ “Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

de la pensión de sobrevivientes elevada por la accionante el 4 de noviembre de 2016, la interrupción de ese plazo extintivo de derechos.

Síntesis de la decisión

En el presente caso, la ciudadana María Antonia Moreno Fonseca de 73 años de edad, instauró acción de tutela por medio de apoderado judicial, con el fin de que el Ministerio de Defensa Nacional reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho, a causa del fallecimiento en combate de su hijo, Milton Medina Moreno.

Milton Medina Moreno ingresó al Ejército Nacional como Soldado voluntario el 1° de abril de 1993 y fue dado de baja el 29 de junio de 1997, por lo que fue ascendido al grado de Cabo Segundo Póstumo, y en efecto se reconoció a favor de sus padres, la compensación por muerte correspondiente.

No obstante, la señora María Antonia Moreno Fonseca, madre del causante⁵⁴, solicitó con posterioridad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cual considera tener derecho por el fallecimiento de su hijo, en cumplimiento de actos propios del servicio. Sin embargo mediante Resolución N°0167 del 05 de enero de 2017, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa negó la solicitud, bajo el argumento de que *“el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de Soldados Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Armadas Militares de Colombia.”*⁵⁵

Así las cosas, la Sala advierte que, con sustento en la jurisprudencia⁵⁶ desarrollada por el Consejo de Estado, si bien el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 no consagra el derecho a pensión de sobrevivientes, una vez acontece el fallecimiento de soldado regular en cumplimiento de actos propios del servicio, otro es el panorama en el Decreto ley 1211 de 1990, el cual si establece el derecho a la referida prestación, cuando en las mismas condiciones fallecen los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Al respecto en providencia del 1° de abril de 2004, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, (Sección Segunda- Subsección A) señaló *“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*

⁵⁴ Cabe aclarar que el padre del causante falleció el 03 de mayo de 2010 (folio 5)

⁵⁵ Folio 10 del Expediente

⁵⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallos del 1° de abril de 2004 - Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), (Sección Segunda-Subsección A), del 30 de octubre de 2008 - Rad 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05) (Sección Segunda, Subsección B), del 7 de julio de 2011 Rad 70001233100020040083201 (2161-2009), (Sección Segunda, Subsección B).

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 si concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el Decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990”.

A partir de lo expuesto, y dado que Milton Medina Moreno estuvo vinculado al Ejército Nacional por un lapso de 4 años y dos meses, hasta la fecha de su deceso el 29 de junio de 1997, en cumplimiento de actos propios del servicio, siendo ascendido en forma Póstuma a Cabo Segundo (acontecimiento que lo sitúa dentro de la categoría de Suboficiales⁵⁷ de las Fuerzas Militares), sus beneficiarios, en este caso la señora María Antonia Moreno Fonseca, en calidad de madre del causante, tiene derecho a la pensión consagrada en el literal “D⁵⁸” del artículo 189 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Atendiendo las circunstancias descritas, esta Sala le atribuye al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana de la señora María Antonia Moreno Fonseca, una vez sustentó su negativa de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte del personal de Soldados Grumetes.

Como colorario de lo anterior, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional procederá a revocar las decisiones de instancia, en las cuales se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la ciudadana María Antonia Moreno Fonseca, por lo cual se ordenará al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa que, realice el reconocimiento y pago de la pensión de

⁵⁷ Artículo 6° Decreto 1211 de 1990 Jerarquía: “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 Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente (...) **b) Suboficiales** 1. Ejército a) Sargento Mayor de Comando Conjunto; b) Sargento Mayor de Comando; c) Sargento Mayor; d) Sargento Primero; e) Sargento Viceprimero; f) Sargento Segundo; g) Cabo Primero; h) **Cabo Segundo**; i) Cabo Tercero”. (negrilla fuera del texto original).

⁵⁸ Decreto 1211 de 1990, literal 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” Artículo 158: “Sueldo básico, prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto, duodécima parte de la prima de Navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidan conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico”.

sobrevivientes a la cual tiene derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el literal “D” del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Esto, a partir de la causación del derecho, junto con la suma adeudada por concepto de retroactivo sin perjuicio de que se aplique la prescripción trienal consagrada en el artículo 448 del Código Sustantivo de Trabajo, en la medida en que, se configuró la interrupción de este plazo extintivo de derechos, con la primera petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevada por la accionante (el 4 de noviembre de 2016).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR el fallo del nueve (9) de octubre de dos mil diecisiete (2017) proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda, Subsección B- que confirmó la sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la ciudadana MARÍA ANTONIA MORENO FONSECA.

SEGUNDO. – DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la Resolución N° 0167 del 05 de enero de 2017, expedida por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, por la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la ciudadana MARÍA ANTONIA MORENO FONSECA, con ocasión del deceso de su hijo MILTON MEDINA MORENO, Cabo Segundo Póstumo del Ejército Nacional.

TERCERO.- ORDENAR al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución que reconozca la pensión a la cual tiene derecho la ciudadana MARIA ANTONIA MORENO FONSECA, de acuerdo con lo dispuesto en el literal “D” del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y dentro de los veinte (20) días siguientes efectúe el pago correspondiente. La prestación así reconocida se pagará desde el momento de la causación del derecho, incluyendo la suma adeudada a la accionante por concepto de retroactivo pensional, sin perjuicio de que se aplique el fenómeno de la prescripción trienal consagrada en el artículo 448

del Código Sustantivo de Trabajo, teniendo en cuenta que operó la interrupción de ese plazo extintivo de derechos, con la primera petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevada el 4 de noviembre de 2016.

CUARTO.- Por Secretaría General de esta Corporación **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-378/18**

Referencia: T-6.609.230

Magistrado Ponente:
Alberto Rojas Ríos

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión en el expediente de la referencia, me permito presentar Aclaración de Voto, con fundamento en que si bien estoy de acuerdo con la manera como se resolvió el caso, lo cierto es que también considero que importante precisar que no comparto que en el proyecto se afirme que, *“en aquellos casos, en los que mediante una actuación o acto administrativo se niegue el reconocimiento de una prestación periódica, como es el caso de la prestación de sobrevivientes, la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital se entiende actual[27] y las solicitudes relacionadas con su reconocimiento, se puede efectuar en cualquier tiempo”*. Mi discrepancia frente al particular surge porque la regla enunciada pareciera estar indicando que en casos como el de la referencia, la tutela puede promoverse en cualquier tiempo, lo cual considero que no es procedente.

En ese sentido, encuentro necesario aclarar que una cosa es que los derechos objeto del litigio sean imprescriptibles y otra, diferente, que la acción de tutela para reclamar dichos derechos también tenga tal naturaleza, o que pueda ser ejercida en *cualquier tiempo*; ya que no es correcto *“afirmar que la garantía de reclamar derechos laborales en cualquier tiempo, es igual a la posibilidad de hacerlo mediante acción de tutela en cualquier tiempo”*⁵⁹. Del carácter imprescriptible de la prestación se sigue que el titular del derecho o sus causahabientes, según el caso, pueden pedir que se les reconozcan los derechos en *cualquier tiempo* y, eventualmente, demandar la decisión de negarle dicho reconocimiento ante los jueces ordinarios, pero lo que no se deriva de allí es que la tutela pueda ejercerse en *cualquier momento* si es que lo que se persigue es el reconocimiento de una prestación de esa naturaleza.

Con el debido respeto,

⁵⁹ Cfr. sentencia T-158 de 2006

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado