



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

-Sala Tercera de Decisión-

---

**Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete**

Sincelejo, veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.</b>
<b>M DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.</b>
<b>EXPEDIENTE No.</b>	<b>70-001-33-33-008-2015-00233-01</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>MARÍA MAYELA MONTES OSPINA Y LUÍS ADRIANO TAMAYO GARCÉS.</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL.</b>

**ASUNTO A DECIDIR**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 23 de abril de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda

**1. ANTECEDENTES**

**a. La demanda.<sup>1</sup>**

Los demandantes **pretenden**, mediante apoderado judicial, la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 1379 del 1º de septiembre de 2009; (ii) Resolución No. 4952 del 30 de septiembre de 2014; y (iii) Resolución No. 0124 del 8 de enero de 2015, todas expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 16

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos de los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, desde la fecha de su causación (muerte del señor JHON FREDY TAMAYO MONTES) hasta la fecha de la correspondiente inclusión en nómina de pensionado.

Asimismo, solicita que se condene la entidad demandada a reconocer y pagar el ajuste periódico y los intereses moratorios, tal como lo ordenan los artículos 140 y 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del día del fallecimiento del ex militar, o en su defecto, desde la inclusión en nómina.

Por último, pide que se condene en costas al ente demandado.

Como **hechos relevantes** se destacan:

El señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), ingresó a la Armada Nacional el 19 de junio de 2007, incorporándose como infante de marina regular para efectos de prestar el servicio militar obligatorio. En el tiempo en que estuvo vinculado con la Armada Nacional, cumplió a satisfacción todas las exigencias propias del servicio, así como las órdenes y directrices impartidas por sus superiores, sin haber tenido anotaciones o llamados de atención negativa en su hoja de vida.

El día 17 de junio de 2008, el joven JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.) falleció como consecuencia de un impacto de bala ocasionado accidentalmente al momento de manipular su arma de dotación oficial, dentro de las instalaciones de la Armada Nacional. Para la época del deceso, el ex infante acreditaba 11 meses y 28 días de vinculación en la institución.

El joven JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.) en vida, era responsable de la manutención de sus padres, teniendo además como proyecto de vida, cursa la carrera militar al interior de la institución, para efectos de continuar apoyando económicamente a sus padres.

Los padres del fallecido JHON FREDY TAMAYO MONTES, solicitaron ante el Ministerio de Defensa el pago de las acreencias laborales e indemnización por muerte a las que tenían derecho, reconociendo dicha entidad por tales conceptos, la suma de \$13.936.788 a cada uno.

El día 8 de agosto de 2014, los señores MARÍA MAYELA MONTES OSPINA Y LUÍS ADRIANO TAMAYO GARCÉS, alegando la calidad de padres del joven JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993, la cual fue negada mediante Resolución No. 4952 de 30 de septiembre de 2014, frente a la cual se interpuso recurso de apelación, siendo resultado a través de la Resolución No. 0124 de enero 8 de 2015, en el sentido de confirmar en todas sus partes el acto recurrido.

Indicó, que el joven JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), al haber estado vinculado con la Armada Nacional por espacio de 11 meses y 28 días, correspondientes a 358 días, que equivalen a su vez a 51.1425 semanas de cotización al sistema pensional, hace que sus padres tengan derecho a que se le reconozcan y paguen la pensión de sobreviviente prevista en el artículo 48 y ss de la Ley 100 de 1993, aplicable al caso en virtud del principio de favorabilidad, previsto en el artículo 53 de la C. P, como quiera que se exigen las semanas mínimas de cotización, lo cual sucedió dentro de los tres (3) años anteriores al deceso del ex infante.

Como **normas violadas**, se invocaron los artículos 11, 29, 42, 48 y 53, de la C. P.; los artículos 13, 17, 141, 287, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; y la Ley 797 de 2003.

En el **concepto de violación**, explicó que la entidad demandada desconoció los principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia pensional, por cuanto, no aplicó para el caso la norma más favorable que aplica a los intereses de los demandantes, esto es, la Ley 100 de 1993, norma que establece la pensión de sobrevivientes por muerte de quienes cotizan al sistema general de pensiones.

#### **b. Contestación de la demanda<sup>2</sup>.**

La entidad demandada, dentro del término legal, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que en ella se formularon, indicando que el señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), estaba adscrito al *"Ejercito Nacional en calidad de soldado regular, razón por la cual se encontraba bajo el régimen establecido en el Decreto 2728 de 1968 y*

---

<sup>2</sup> Folios 103 a 119, c. 1.

*no por el Decreto 4433 de 2004; en ese orden de ideas, no es procedente reconocer pensión alguna a los familiares del extinto soldado, pues si bien fue ascendido de manera póstuma a Cabo Segundo, debe entenderse que dicho ascenso lo hace la institución de manera honorífica, para honrar la memoria de quien fallece; (...) por lo que no le asisten los derechos de un soldado profesional...".*

Señaló, que de acuerdo con el Informativo Administrativo por Muerte del señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), su deceso ocurrió en el servicio pero no por causa y razón del mismo, de suerte que conforme la causal de fallecimiento, no le asiste el derecho pensional de sobreviviente a los accionantes, en virtud que aquella causal de muerte en el servicio no está prevista en el Decreto 2728 de 1968 como generadora del derecho pretendido.

Asimismo, manifestó que no es factible la aplicación del principio de favorabilidad en asuntos con el de marras, pues, solo opera *"en caso de duda (...), situación que no se materializa en el presente caso, pues, el estatuto aplicable para la fecha de muerte del señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.) es del Decreto 2728 de 1968, que en su artículo 8º establece el reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero."*

En ese orden de ideas, sostuvo que *"el acto administrativo que hoy se demanda y mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante, goza de total legalidad y validez, toda vez que se expedido (sic) con fundamento en las normas legales..."*.

### **c. La sentencia de primera instancia.<sup>3</sup>**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el día 23 de abril de 2018, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda, en el sentido declarar la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la señora MARÍA MAYELA MONTES OSPINA y LUIÍS ADRIANO TAMAYO GARCÉS, a partir del 13 de agosto de 2012, por efecto de la prescripción

---

<sup>3</sup> Folios 219 a 230 C 1.

de las mesadas, en cuantía equivalente a un salario y medio legal vigente, sobre el tiempo total cotizado por el causante, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 447 de 1998.

Como argumento de su decisión, el *A quo* sostuvo que de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en los eventos donde fallece un infante de marina regular, quien se encuentra vinculado para efectos de cumplir el deber constitucional y legal de prestar el servicio militar obligatorio, en misión del servicio, en principio, sus beneficiarios no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues, la Ley 447 de 1998 ni el Decreto 4433 de 2004, prevén el otorgamiento de esta derecho prestacional en estos casos, sino cuando las circunstancias del deceso sea por misión en combate.

Sin embargo, manifestó que en virtud del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la C. P., *"no existe asidero jurídico válido, para que se establezcan una distinción entre el personal vinculado al servicio militar obligatorio que fallece en combate y los que perecen en actos simples del servicio, para que los parientes de éstos últimos, no se les entre a reconocer pensión mensual de sobreviviente, cuando aún dicha prestación se encuentra estatuida para el personal oficial y suboficial de la fuerza pública, que mueren en actos de servicio ajenos al combate..."*.

En tal sentido, dijo que en el presente caso, si bien los accionantes piden la aplicación de las previsiones de la Ley 100 de 1993, ésta no resulta más favorable a sus intereses, por cuanto no es la norma que regula el régimen prestacional de estos servidores de la fuerza pública, máxime que el artículo 279 *ibídem* los excluye de su cobertura. En razón a esto, indicó que la norma que más beneficia a los demandantes, es la Ley 447 de 1998, por ser la norma especial que gobierna la pensión de sobreviviente, con ocasión al fallecimiento del personal vinculado a la fuerza pública en cumplimiento del deber constitucional y legal de prestar el servicio social obligatorio.

Por consiguiente, advirtiendo que si es procedente el reconocimiento y pagos de la pensión de sobreviviente, a favor de los beneficiarios del infante de marina o soldado regular, en virtud del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Superior, abordó el caso concreto, considerando que conforme el acervo probatorio recaudado, especialmente los testimonios recepcionados, se evidencia la

dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo fallecido JHON FREDY TAMAYO MONTES, aunado a que se probó la condición de progenitores; luego entonces, desde esa perspectiva, tienen derecho a la erogación reclamada, en los términos de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004.

*Por último, señaló "como quiera que la compensación por muerte reconocida a los demandantes, mediante Resolución 1379 de 01 de septiembre de 2008, obedeció a la aplicación del Decreto 2728 de 1968, que como se explicó antes, no estipulaba el reconocimiento de la pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los infantes de marina regular que fallecieron en el servicio; cuando debió dársele aplicación a la Ley 447 de 1998 y al Decreto 4433 de 2004; (...), se considera procedente ordenar la deducción de la suma pagada a los actores, por tal concepto, de lo que resulte del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en cuantía de un salario y medio mensual vigente y de acuerdo a lo manifestado en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 447 de 1998 (...), en aras de evitar un doble pago por el mismo concepto".*

#### **d. El recurso de apelación.<sup>4</sup>**

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte accionada presentó contra ésta recurso de apelación, solicitando su revocatoria argumentando que los accionantes no les asisten el derecho por carecer de fundamento jurídico, en la medida que el soldado JHON FREDY TAMAYO MONTES se encontraba bajo el régimen establecido en el Decreto 2728 de 1968, y no por el Decreto 4433 de 2004, como lo adujo el *A quo*, en ese orden de ideas, no es procedente reconocer pensión alguna a los familiares del extinto soldado.

Indicó que conforme el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, el deceso del joven JHON FREDY TAMAYO MONTES, ocurrió en el servicio pero no por causa o en razón del mismo, luego entonces, al no suceder en actos meritorios del servicios, ni tampoco en combate, no se cumple la exigencia legal para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios aquí demandantes.

---

<sup>4</sup> Folios 254 a 267, c. 1.

### **e. El trámite en segunda instancia.**

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 25 de julio 2018 (F. 4, C 2). Con proveído del 18 de septiembre de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.8, C 2), término dentro del cual se pronunció **parte accionante**<sup>5</sup> insistiendo en la procedencia de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, ya que es mucho más favorable a la estipulada en el régimen especial de los miembros de la Fuerzas Militares.

Por su parte, la **entidad demandada** guardó silencio en esta etapa procesal.

Entre tanto, el **Ministerio Público** no emitió concepto.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **a. Problema jurídico.**

Con fundamento en los cargos expuestos en el recurso de apelación, siendo éste el marco de competencia de esta instancia según lo previsto en los artículos 321 y 328 del CGP, corresponde a este Tribunal determinar si los señores MARÍA MAYELA MONTES OSPINA y LUIS ADRIANO TAMAYO GARCEÉS, en calidad de padres del finado Infante de Marina Regular JHON FREDY TAMAYO OSPINA (Q.E.P.D.), tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

De ser así, la pensión de sobreviviente a reconocer, sería la prevista en la Ley 447 de 1998 como lo consideró el *A quo*, o la estipulada en el artículo 46 y ss de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo solicitado por los accionantes.

### **b. De las prestaciones por muerte en simple actividad a favor de los beneficiarios de quienes prestan el servicio militar obligatorio (conscriptos).**

Los miembros de la Fuerza Pública poseen un régimen prestacional propio y especial en materia salarial y prestacional, consagrando entre

---

<sup>5</sup> Folios 10 a 12, c. 2.

otras disposiciones, normas pensionales que regulan todo lo necesario para el reconocimiento de este derecho a: (i) quienes alcancen el tiempo de servicio requerido para ello, (ii) a favor de quienes sufren algún grado de disminución de la capacidad laboral que lo deje en estado de invalidez, y (iii) en beneficio de las personas calificadas por dicho régimen como beneficiarios, con ocasión al fallecimiento del servidor castrense.

Ahora, dicho régimen está diseñado para Oficiales, Suboficiales, Soldados e Infantes Profesionales, e incluso, para los miembros de Fuerzas Militares que prestan el servicio militar obligatorio, llamados conscriptos, personal éste en que centrará su atención la Sala, como quiera que es el caso que incumbe en esta oportunidad.

Antes de determinar el régimen prestacional de estos servidores, debe considerarse que el servicio militar obligatorio, tiene su fundamento en el artículo 216 de la Constitución Política, el cual reza:

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

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

La Ley 48 de 1993, señala en su artículo 10 que *"todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller."*, cuya duración es de 12 a 24 meses, dependiendo la modalidad de la prestación del servicio militar obligatorio, distribuyéndose así:

- Soldado regular, de 18 a 24 meses.
- Soldado bachiller, 12 meses.
- Auxiliar policía bachiller, 12 meses.
- Soldado campesino, de 12 a 18 meses.

Asimismo, la citada norma estipuló una serie de derechos y prerrogativas al momento de su incorporación como conscripto, durante y al término de la prestación del servicio militar obligatorio. En sentido, estableció:

**ARTÍCULO 38. AL MOMENTO DE SER INCORPORADO.** *El conscripto llamado al servicio tiene derecho a que el Estado le reconozca los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado.*

**ARTÍCULO 39. DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR.** *Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:*

*a. Desde el día de su incorporación hasta la fecha del licenciamiento, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual.*

*Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado regular y campesino, de una dotación de vestido civil.*

*b. Previa presentación de su tarjeta de identidad militar vigente, disfrutará de espectáculos públicos, eventos deportivos y asistencia a parques de recreación, mediante un descuento del 50% de su valor total.*

*c. Al otorgamiento de un permiso anual con una subvención de transporte equivalente al 100% de un salario mínimo mensual vigente y devolución proporcional de la partida de alimentación.*

**PARÁGRAFO.** *En caso de calamidad doméstica comprobada o catástrofe que haya podido afectar gravemente a su familia, se otorgará al soldado un permiso igual, con derecho a la subvención de transporte equivalente al ciento por ciento de un salario mínimo legal vigente.*

*d. Recibir capacitación orientada hacia la readaptación a la vida civil durante el último mes de su servicio militar.*

*e. Todo colombiano que se encuentre prestando servicio militar, previa presentación de su tarjeta de identidad militar vigente tendrá derecho no sólo a la franquicia postal, sino también a la franquicia telefónica en todo el territorio nacional.*

*f. La última bonificación será el equivalente a un salario mínimo mensual vigente.*

**ARTÍCULO 40. AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR.** *Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:*

*a. **En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.***

*b. <Literal INEXEQUIBLE>*

**PARÁGRAFO.** *Cuando el bachiller, haya sido admitido en la universidad pública o privada, éstas tendrán la obligación, en caso de prestar el servicio militar, de reservar el cupo respectivo hasta el semestre académico siguiente al licenciamiento.*

*c. Cuando termine estudios universitarios o tecnológicos en Colombia o en el exterior previa convalidación, será eximido de la prestación del 50% del tiempo del servicio social obligatorio de acuerdo con el respectivo programa académico para la refrendación del título profesional, con autorización del organismo competente.*

*e. Cuando se haya distinguido por sus cualidades militares, podrá ser becado en las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

*f. Las entidades o empresas oficiales, compañías de seguridad y vigilancia, Aduana Nacional y resguardos de rentas o similares, darán prioridad de empleo a los reservistas de primera clase, sin perjuicio de las normas especiales de ingreso que rijan en cada entidad.*

*g. Las becas y préstamos que otorguen las instituciones o entidades oficiales, para estudiantes que cursan estudios universitarios, se otorgarán con prelación a quienes hayan prestado el servicio militar.*

**PARÁGRAFO 1o.** *El Icetex creará una línea especial de crédito para los soldados bachilleres que ingresen a las universidades.*

**PARÁGRAFO 2o.** *El Gobierno Nacional creará una línea especial de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar el regreso a la actividad agropecuaria de los soldados campesinos en el fomento de formas de economía solidaria, tales como microempresas entre quienes prestaron el servicio militar.*

*h. Cuando un soldado, en cumplimiento de su deber, reciba lesiones permanentes que le impidan desempeñarse normalmente, el Estado tiene la obligación de darle una capacitación que elija hasta el grado profesional de instrucción. La obligación del Estado cesará cuando el beneficiario rechace el ofrecimiento o cuando se deduzca su desinterés por su bajo rendimiento.*

**PARÁGRAFO.** *El Estado le pagará una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal por el tiempo que dure desempleado. Esta obligación cesará cuando el Estado lo incorpore laboralmente o cuando el ofrecimiento sea rechazado sin justa causa por el beneficiario*

De la anterior preceptiva, se desprende que los conscriptos ostentaban como derechos, durante su vinculación a la fuerza, a la percepción de una bonificación mensual, sin embargo la misma no era concebida como un salario, sino como ayuda a la manutención personal, cuya cuantía era igual al de un salario mínimo legal mensual vigente al momento al termino del servicio militar.

Posteriormente, se expidió la Ley 1861 de 2017<sup>6</sup>, la cual dispuso que el servicio militar obligatorio tiene una duración de 18 meses<sup>7</sup>, independientemente de la modalidad de prestación, salvo para el caso de los bachilleres cuyo periodo de vinculación se mantuvo en 12 meses<sup>8</sup>.

El artículo 15 de la citada ley, previó que el servicio militar obligatorio, se prestará como: (i) soldado si es reclutado y vinculado al Ejército Nacional; (ii) Infante de Marina para el caso de la Armada Nacional; (iii)

<sup>6</sup> Norma que derogó la Ley 48 de 1993.

<sup>7</sup> Art. 13

<sup>8</sup> Parágrafo 1º art. 13.

Soldado de Aviación en lo que respecta a la Fuerza Área; (iv) Auxiliar de Policía en la Policía Nacional; (v) Auxiliar de cuerpo de custodia en el INPEC.

En cuanto a los derechos que gozan durante la prestación del servicio militar, el artículo 44 estableció, entre otros, el disfrute de una bonificación mensual hasta por el 30% del salario mínimo mensual vigente, la cual podría llegar hasta el 50% de ese salario mínimo previa disponibilidad presupuestal.

Al finalizar su etapa como conscripto, tiene derecho a que el tiempo de servicio militar le sea computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley.<sup>9</sup>

Visto lo anterior, abordando el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas militares, se destaca que el Gobierno Nacional, en virtud de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 2728 de 1968 "*por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*", norma que regula las prestaciones sociales que surgen con ocasión al fallecimiento de un soldado<sup>10</sup>, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.*

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

En ese sentido, es factible entender que independientemente de las circunstancias del deceso del soldado (en combate<sup>11</sup>, en misión del

---

<sup>9</sup> Literal a, art. 45.

<sup>10</sup> Entendiéndose por soldado todo aquel que éste vinculado a las Fueras Militares, excepto el personal civil.

<sup>11</sup> Ocurrida bien sea en combate, por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público.

servicio<sup>12</sup>, o por causas diferentes a éstas calificada como simple actividad), sus beneficiarios tienen derecho al reconocimiento de una indemnización por causa de esa muerte, cuya cuantía varía dependiendo la calificación del fallecimiento, liquidado con el sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero, la cual se pagará a las siguientes personas, en siguiente orden preferencial<sup>13</sup>:

*1o. La mitad a la esposa y la otra mitad a los hijos legítimos si hubiere también hijos naturales estos concurren en esta parte en las proporciones de la Ley. Si no hubiere hijos legítimos la proporción de estos corresponde a los hijos naturales.*

*2o. Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos naturales, la prestación corresponde integralmente a los hijos legítimos.*

*3o. A falta de hijos legítimos y de hijos naturales la prestación corresponde a la esposa y a los padres legítimos o naturales del Soldado o Grumete. A falta de estos lleva toda la prestación la esposa.*

*4o. Si la esposa hubiere muerto y no hubiere hijos legítimos el monto de la prestación se divide entre los padres legítimos y los hijos naturales del causante. A falta de los padres legítimos llevan la prestación los hijos naturales y el derecho de estos, los padres naturales.*

*5o. A falta del personal enumerado anteriormente, la prestación se pagará proporcionalmente a los hermanos menores de edad y las hermanas célibes del Soldado o Grumete, previa comprobación de que dependerían económicamente de él.*

Con la expedición de la Ley 447 de 1998, se estableció la pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, pero únicamente en eventos donde el deceso del conscripto suceda en hechos relacionados con combates.

Al respecto, el artículo 1º dispone:

*ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. 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***

<sup>12</sup> Muerte ocurrida en actividad por actos del servicio o por causas inherentes al mismo.

<sup>13</sup> Artículo 9 *ibídem*.

**pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.**

Por otro lado, 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", además de regular la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento en servicio activo de oficiales, suboficiales o soldado profesional de las Fuerzas Militares, con ocasión a combates, misión de servicio, o simple actividad<sup>14</sup>, también ratificó este mismo derecho a favor de los beneficiarios del conscripto cuyo deceso ocurre en servicio activo con ocasión exclusivamente a causas de combates. Sobre el particular, el artículo 34 reza:

***ARTICULO 34. Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio. A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.***

Conforme al contexto normativo reseñado, se prevé el reconocimiento de una pensión vitalicia de sobreviviente, únicamente a favor de los beneficiarios del conscripto que falleció en circunstancias relacionadas con combates o como consecuencia de la acción del enemigo, deduciéndose que hasta este momento, no se prevé tal derecho cuando el deceso ocurre en misión del servicio o en simple actividad. Recuérdese que la tasación de aquella pensión se efectúa con el salario y medio mínimo legal en el grado de Cabo Segundo, dado que la norma dispone el ascenso póstumo cuando el deceso ocurre por aquella circunstancia de combate o acción del enemigo.

En ese orden de ideas, el ordenamiento legal no contempla que los beneficiarios del soldado, infante o auxiliar de policía que prestan el servicio militar obligatorio, cuyo deceso ocurre por circunstancias distintas al combate, tengan derecho a acceder al reconocimiento y pago

---

<sup>14</sup> Artículos 19, 20, 21 y 22.

de la pensión de sobrevivientes, de suerte que, en principio, quedan desprovistos de esta erogación, teniendo únicamente derecho al pago de una compensación y/o indemnización por muerte estipulada en el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968.

Establecido lo anterior, se advierte que antes de la expedición de la Ley 447 de 1998, la muerte por combate, misión del servicio, o simple actividad de un conscripto, no causaba a favor de sus beneficiarios, derecho pensional alguno, inclusive pensión de sobreviviente.

El marco normativo descrito, denota que dada la ausencia de regulación legal en materia de pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del causante conscripto, cuya muerte fue por misión del servicio o simple actividad, se cercena cualquier posibilidad legal de acceso ha dicho derecho por parte de sus familiares.

Ahora bien, jurisprudencialmente, se ha atenuado esta limitante de quienes no pueden acceder al derecho pensional dado que no se cumple con el tiempo exigido, mediante la aplicación de principios de rango constitucional como son la favorabilidad, *pro homine*, inescindibilidad de la norma, igualdad, condición más beneficioso, todos en materia laboral, sumada la naturaleza y objeto constitucional de la pensión de sobrevivientes, como se verá a continuación.

### **c. Pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993 y su aplicabilidad en el régimen prestacional por muerte de soldado con ascenso póstumo a Cabo Segundo – principio de favorabilidad.**

El sistema general de seguridad social, en el que se encuentra el régimen de pensiones, comenzó a regir y surtir efectos con la expedición de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, cuyo propósito en el ámbito pensional, fue unificar en un solo sistema y bajos criterios y principios uniformes<sup>15</sup>, todos los regímenes vigentes al momento de su expedición,

---

<sup>15</sup> **ARTÍCULO 2º.** Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

es decir, concentró en un misma regulación el régimen pensional de los empleados particulares y servidores públicos, exceptuándose los estipulados en el artículo 279 de esa misma normativa, siempre bajo la consigna de amparar las contingencias derivadas de la vejez, muerte e invalidez<sup>16</sup>.

Frente a la muerte como contingencia objeto de amparo, este sistema previó una erogación pensional llamada pensión de sobreviviente, que se causa a favor de los beneficiarios del pensionado por vejez o invalidez o del afiliado al sistema cuando éste fallece, en éste último caso siempre y cuando hubiese cotizado, inicialmente veintiséis (26) semanas al momento de ocurrir el deceso<sup>17</sup>; sin embargo, posteriormente se amplió el espectro del tiempo de cotización, aumentando a cincuenta (50) semanas, pero que se haya cotizado dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento<sup>18</sup>.

---

c) SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e) UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) PARTICIPACION. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

<sup>16</sup> **ARTÍCULO 10º. Objeto del Sistema General de Pensiones.** El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

<sup>17</sup> **ARTÍCULO 46.** Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

<sup>18</sup> Ley 797 de 2002. **ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

**Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:**

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. **Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

Para la H. Corte Constitucional el propósito esencial de esta prestación es *“la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.”*<sup>19</sup>

Es decir, esta tipología pensional lleva inmersa un grado de protección para el beneficiario de la misma, ya que por intermedio de ella se suministra el soporte material necesario para la satisfacción del mínimo vital y para la concreción del derecho fundamental a la dignidad humana, como forma de protección que imposibilite un estado de indefensión y desamparo de la familia.

La misma Ley 100 de 1993, en su artículo 47, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en procura de proteger el núcleo familiar del pensionado o afiliado al sistema, dispuso el orden de beneficiarios de esta prestación, a saber:

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el *cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

---

<sup>19</sup> Sentencia C-1094 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de *invalidez*. Para determinar cuando hay *invalidez* se aplicará el criterio previsto por el artículo [38](#) de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

**PARÁGRAFO.** Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

En cuanto al monto de esta pensión, el artículo 48 *ibídem* prevé que su determinación está sujeto a la calidad que tenga la persona al momento de su deceso, en el sentido si es pensionado o usuario afiliado al sistema general de pensiones. Así pues, en el primer caso, será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba, y en caso de ser afiliado al sistema, será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las

primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, esta pensión cobija a todos los sectores del orden nacional, público y privado, salvo aquellos enlistados en el artículo 279 *ibídem*<sup>20</sup>, el cual señala expresamente quienes no están sometidos a este régimen general de pensión, entre los que se encuentra los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

En ese orden de ideas, este personal en principio no tiene derecho a que se les apliquen las reglas de la pensión de sobreviviente, cuando el integrante de alguna de aquellas filas, estando en servicio activo falleciera ostentando 26 semanas de cotización al momento del deceso, o en su defecto, si la muerte ocurriera con posterioridad a la expedición de la Ley 797 de 2003, como mínimo 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Sin embargo, pese a esa exclusión legal, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación<sup>21</sup>, sentó la viabilidad de aplicar esas prerrogativas de pensión de sobreviviente de Ley 100 de 1993 al personal que prestan el servicio militar obligatorio en las fuerzas militares, en virtud del principio protector en materia laboral, entre los que se encuentra como una de sus aristas el principio de favorabilidad, en cuanto a la norma pensional vigente que más

---

<sup>20</sup> **ARTICULO. 279.-Excepciones.** El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

<sup>21</sup> Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-010-2018 de 12 de abril de 2018, proferido por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, radicado 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15), C. P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

beneficia los intereses de los familiares del conscripto fallecido por motivos del servicio o simple actividad.

Este pronunciamiento vinculante en virtud del artículo 10 del CPACA, reseña que cuando existen dos normas vigentes aplicables al mismo caso concreto o varias interpretaciones respecto a una misma norma, y ello genere duda al operador judicial, el juez en virtud del principio de favorabilidad, debe optar por la más conveniente al empleado, pensionado o sus beneficiarios, en aras de salvaguardar efectivamente sus derechos fundamentales.

Siendo así, para el caso, habiendo falta de regulación respecto a la causación de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del conscripto fallecido por causa del servicio o en simple actividad, con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, en aras de preservar la sostenibilidad del núcleo familiar del causante, se debe extender las normativas de la pensión de sobrevivientes del sistema general de pensiones a estos eventos particulares, aspecto que encuentra fundamento en el artículo 288 *íbidem*, disposición que permite que todo empleado se beneficie del sistema general de pensiones si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia esta le resulta más favorable y siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones.

Para mayor ilustración de aquel pronunciamiento, se transcribirá *in extenso*:

"(...)

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

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

*131. Por otra parte, la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 *íbidem*, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e.)87 y 21788 de la*

*Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan<sup>89</sup>.*

*132. Sin embargo, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel.*

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

*134. Lo anterior, en razón a que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene previsto, en caso de fallecimiento, una pensión de sobrevivientes para el causante que hubiere cotizado 26 o 50<sup>22</sup> semanas, cuyo monto es igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.*

**135. En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional<sup>23</sup>.**

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

---

<sup>22</sup> Este término se predicaría de aquellas situaciones que se consoliden con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

<sup>23</sup> Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: José Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

142. No desconoce la Sala que la Corte Constitucional en la sentencia T-1043 de 2012 hizo extensivo el régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990, en el caso de un conscripto fallecido el 16 de octubre de 1997 en accidente de tránsito durante el servicio y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente y al hijo del causante, empero, se observa que en aquella oportunidad dentro del sustento jurídico de la decisión se acogió la posición expuesta por el Consejo de Estado en sentencias del 7 de

julio de 2011<sup>24</sup> y del 30 de octubre de 2008<sup>25</sup>, vigente para ese momento, y que extendían los efectos de un régimen especial para las Fuerzas Militares, teoría que en esta oportunidad se reevalúa para dar aplicación al régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

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

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

- En primer lugar, el alcance del principio de favorabilidad, como se vio, parte de la duda entre normas aplicables, relación que no se presenta entre el Decreto 1211 de 1990 y los conscriptos, quienes no se rigen en materia de prestaciones por muerte por el régimen especial de los oficiales y suboficiales.
- En segundo lugar, tal y como lo ha dicho la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>26</sup>, la existencia de regímenes especiales no comporta la vulneración del derecho a la igualdad frente a la generalidad de trabajadores, sino que garantiza una protección igual o superior para sus destinatarios, pero cuando brinda un tratamiento inequitativo y menos favorable a un determinado grupo de servidores respecto del ofrecido por las normas generales, se advierte como un trato discriminatorio que contradice el artículo 13 de la Constitución Política.
- En tercer lugar, se debe tener presente el hecho de que los oficiales y suboficiales se encuentran vinculados a la administración en virtud de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor, a partir de una elección voluntaria de incorporación, mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo a la Fuerza Pública surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, lo que en principio permite entender que se encuentra justificada la diferencia de trato en materia prestacional para ambas clases de personal.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicación 2161-2006.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 8626-2005.

<sup>26</sup> Corte Constitucional C-461 de 1995 y C-592 de 2014, entre otras.

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

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

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

148. En ese sentido, es importante resaltar que incluso la propia Ley 100 de 1993 consagró tal principio en su artículo 288 al disponer expresamente lo siguiente: «Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley».

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

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

(...)

**151. Ahora bien y en lo que respecta al orden de beneficiarios que debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional,**

**se advierte que es el señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y no en el artículo 9 Decreto 2728 de 1968.**

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

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

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

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

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

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

**enmarca en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social**, como se desprende del siguiente aparte:

"[...]

*Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.*

*La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma<sup>27</sup>.*

[...]”<sup>28</sup>

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

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

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

<sup>27</sup> Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009..

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.

160. En lo que respecta a las cesantías, debe anotarse que se trata de un emolumento cuya naturaleza no corresponde a la de una prestación por muerte, sino a la de una prestación social que busca, principalmente, cubrir el riesgo del retiro y que se causa como consecuencia de la vinculación laboral del causante con la institución, en proporción al tiempo servido. En ese sentido, la Sección Segunda, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, indicó que las cesantías constituyen un ahorro del trabajador, que tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral<sup>99</sup>.

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

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

163. En síntesis, para efectos del descuento deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) deberá verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

**1.1.12. Término de prescripción aplicable.**

(...)

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

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

### **1.1.13. Reglas de unificación**

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

1. En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

**2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.**

**3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cobija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.**

**4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.**

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

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

(...)”

Resaltos y negrillas de la Sala.

Así las cosas, es suficientemente diáfana la postura del H. Consejo de Estado sobre la procedencia del reconocimiento pensional de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los conscriptos fallecidos en simple actividad, siempre y cuando se cumplan con lineamientos jurisprudenciales sentados en la sentencia de unificación, tales como temporalidad del deceso, esto es, con posterioridad a la Ley 100 de 1993, liquidación de la prestación con aplicación integral de las disposiciones de la misma ley, la devolución de pagos bajo los presupuestos reseñados, y la prescripción de los derechos. Dichas reglas, entre otras cosas, son aplicadas de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de resolución como el presente.

Siendo así, la Sala procede abordar el fondo del asunto bajo los derroteros jurisprudenciales descritos.

#### **d. Solución del caso.**

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala encuentra los siguientes hechos probados:

- El señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.) nació el día 15 de junio de 1989.<sup>29</sup>
- El señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), prestó el servicio militar obligatorio como Infante Regular de la Infantería de Marina, dado de alta el día 19 de junio de 2007 y de baja el día 17 de junio de 2008<sup>3031</sup>.
- El señalado infante regular, falleció el día 17 de junio de 2008.<sup>32</sup>
- El deceso fue calificado como "*en misión del servicio*".<sup>33</sup>
- El señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.) es hijo de los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARÍA MAYELA MONTES OSPINA<sup>34</sup>, quienes recibían ayuda económica de su hijo militar para la manutención y sostenimiento como lo cuenta el señor OLBEIN TELLO HERNÁNDEZ, quien compareció al proceso en calidad de testigo<sup>35</sup>.
- Como consecuencia del fallecimiento del infante regular, el Ministerio de Defensa, mediante Resolución No. 1379 de 1º de septiembre de 2008, ordenó el reconocimiento y pago de una compensación por muerte, cuya cuantía correspondió a 36 meses de sueldos de un marinero, dado el ascenso póstumo con ocasión a la causa del deceso.<sup>36</sup>

Dicho reconocimiento se hizo a favor de los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARÍA MAYELA MONTES OSPINA, en condición de padres beneficiarios, correspondiéndole a cada uno la suma de \$13.936.788.

De lo probado, la Sala entiende que el señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), en calidad de infante regular de la Armada Nacional, prestó el servicio militar obligatorio por espacio de 11 meses

---

<sup>29</sup> Folio 3.

<sup>30</sup> Folio 39.

<sup>31</sup> Información extraída de la Resolución N° 1379 de 2008, expedida por la Armada Nacional. Folio 7.

<sup>32</sup> Ver folios 4 y 137.

<sup>33</sup> Ver Liquidación de cesantías definitivas y compensación por muerte y Resolución No. 4952 de 30 de septiembre de 2014, folios 8 a 10, y 164

<sup>34</sup> Ver registro civil de nacimiento folio. 3.

<sup>35</sup> Ver audiencia de prueba celebrada el día 2 de febrero de 2017.

<sup>36</sup> Ver folio 70.

y 28 días, siendo calificado de su deceso en misión del servicio. En razón a esto, sus beneficiarios recibieron una compensación por muerte en los términos del artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, sin que sea posible reconocer, en principio, una pensión vitalicia de sobreviviente, ya que como dicho derecho no está consagrado cuando el conscripto fallece por motivos de misión de servicio o simple actividad, en virtud de lo dispuesto en la Ley 447 de 1998 y el Decreto 433 de 2004.

Ahora bien, la parte actora reclama el derecho de pensión de sobreviviente prevista en la Ley 100 de 1993, en consideración a que le es más favorable a sus intereses, dado que para su acceso, para la época del fallecimiento del infante regular, se exigían como mínimo 50 semanas cotizadas, aspecto que sí cumplió el finado conscripto, y por tanto, son beneficiarios del derecho prestacional que se reclama en esta oportunidad.

Visto todo lo anterior, se tiene que para el caso de marras, si bien existe norma especial que regula el régimen prestacional por muerte de los conscriptos, esta resulta restrictiva y regresiva respecto de las preceptivas estipuladas en la ley general de seguridad social, concretamente lo atinente a la pensión de sobreviviente, preceptiva que en virtud del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Constitucional y el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, es aplicable al *sub examine* en la medida que: (i) la causación (muerte) del derecho se dio con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; y (ii) permite, eventualmente, solventar las necesidades de los padres ex conscripto, siempre y cuando éstos dependieran económicamente del fallecido militar, aspecto que se abordará más adelante.

Se advierte, que al ser aplicable la Ley 100 de 1993 en caso como el presente, no significa que los beneficiarios se les reconozca *ipso iure* el derecho a la pensión de sobreviviente que contempla esta norma, por el contrario, deberá acreditarse las semanas mínimas de cotización, a efectos de determinar su procedencia, como también la dependencia económica de los padres, cuando los beneficiarios alegan tal condición.

Siendo claro el régimen pensional aplicable, procede la Sala verificar si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, para efectos de entrar a reconocer el derecho pensional pretendido.

En cuanto a las **semanas cotizadas** debe advertirse que el señor JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), estuvo vinculado ininterrumpidamente a la Armada Nacional, por espacio de 51 semanas (11 meses), tiempo según el cual se encuentra dentro del marco exigido por las normas del sistema general de pensiones para que sus beneficiarios reclamen tal derecho.

Se suma, que para efectos de identificar los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, hay que acudir al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, encontrándose que el causante al momento de su fallecimiento, no tenía vínculo matrimonial, o relación marital o de convivencia, como tampoco tenía hijos, por lo que a falta de aquellos, según el orden establecido por aquella normativa, los beneficiarios, en orden de prelación, serán los padres, que para el caso de marras, son los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARÍA MAYELA MONTES OSPINA, quienes evidentemente ostentan la condición de progenitores del ex conscripto. Sin embargo, el literal d) del articulado mencionado, condiciona la calidad de beneficiario de esos padres, al prever la dependencia económica de éstos con el finado.

Respecto de la **dependencia económica de los accionantes beneficiarios** con el causante al momento de su muerte, debe decirse que pese a que no es objeto de reproche por la entidad demandada en el recurso de apelación, como se indicó en antecedencia, la prueba testimonial del señor OLBEIN TELLO HERNÁNDEZ, practicada en audiencia de pruebas en el trámite de la primera instancia, demuestra que los recursos que percibía en vida el finado en su condición de infante regular, eran destinados en parte para el sostenimiento de sus padres, como quieren que eran personas humildes, de escasos recursos, dedicados a labores de casa (en el caso de la madre) y de jornalero por día (respecto del padre), cuyos ingresos que recibía este último por tal concepto eran insuficientes, de ahí que el ex conscriptos apoyaba económicamente el sostenimiento de sus padres. Tal aseveración del testigo, es acogido en su totalidad en la medida que no se evidencian afirmaciones que pongan en duda su dicho, en el sentido que sea contradictorio o vago, sumado a que no existen pruebas que indiquen que sus declaraciones sean sospechosas, que afecten su imparcialidad.

Siendo así, se concluye que los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARÍA MAYELA MONTES OSPINA, padres del IMAR JHON FREDY TAMAYO MONTES (Q.E.P.D.), dependían económicamente de

éste último, situación que incluso fue conocida por la entidad demandada en la actuación administrativa que dio lugar al reconocimiento de la compensación por muerte, y el cual no logró desvirtuar en esta sede jurisdiccional, de ahí que la dependencia económica que trata el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, se encuentra plenamente acreditada.

Así las cosas, los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en los términos de la Ley 100 de 1993. A continuación, se pasa a establecer las bases para calcular el monto y cuantía de ese derecho pensional.

Primeramente, debe resaltarse que en los casos como el presente, no es procedente bajo el amparo de los principios de favorabilidad e igualdad, extender los efectos de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2008, a fin de reconocer la pensión de sobreviviente que trata esa normas a favor de los beneficiarios de los conscriptos, tal como lo entendió el *A quo* en la sentencia en alzada. Así lo consideró la sentencia de unificación atrás reseñada:

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

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

(...)

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

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

**la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios.”**

En ese orden de ideas, para efectos de determinar el monto de la erogación pensional a la que tiene derecho los accionantes, no debe acogerse las previsiones del artículo 1º la Ley 447 de 1998 y del artículo 34 del Decreto 4433 de 2004, pues, como se dijo no son aplicables al caso, sino las estipulaciones del artículo 48 de la Ley 100 de 1993<sup>37</sup>.

Por consiguiente, el monto pensional de la pensión de sobreviviente, para el caso concreto, se circunscribe en el 45% del ingreso base de liquidación, como quiera que el finado tuvo un tiempo de cotización de 51 semanas. Ahora, el ingreso base de liquidación debe calcularse con base en los lineamientos del artículo 21 *ibídem*, cuyo resultado debe aplicarse el 45% mencionado, el valor obtenido corresponderá al valor de la mesada pensional, sin que la misma sea inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora bien, el IBL que habla el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se calculará con base en la asignación básica mensual que devengaba, para la época del deceso del ex concripto Tamayo Montes (junio 2008), los miembros de la Armada Nacional en el rango de marinero, pues, es el ascenso póstumo a que tiene derecho, con fundamento en el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968.

Valga afirma que la aplicación de esta última preceptiva, no vulnera el principio de inescindibilidad en materia pensional, puesto que, en primer lugar no regula este tipo de derecho pensional por muerte para el caso de concriptos, y en segundo término, se tiene que la compensación por muerte reconocida en su momento a los beneficiarios, se efectuó con base en el salario de un marinero<sup>38</sup>, es decir, se produjo el ascenso

---

<sup>37</sup> **ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

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

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

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

<sup>38</sup> Ver consideraciones de la Resolución No. 1379 de 2008.

póstumo que trata el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, por lo que a la hora de efectuar el correspondiente descuento del valor por este concepto sobre las mesadas a pagar a los accionantes, debe haber congruencia e igualdad entre lo pagado y lo deducido.

En otras palabras, no puede haber discrepancia salarial entre lo reconocido por compensación por muerte y lo liquidado por concepto de pensión de sobreviviente, de ahí que sea necesario que exista la igualdad señalada en la liquidación de ambas erogaciones, a efectos que haya equidad tanto en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como la deducción de la compensación por muerte.

Debe aclararse que en ningún caso, es procedente la inclusión de las partidas computables que se establecen en el régimen prestacional especial de los miembros de las Fuerzas Militares, en atención que la aplicación del régimen general de pensiones para el caso concreto es integral, en virtud del principio de inescindibilidad de las normas laborales.

Luego entonces, en consideración a lo anotado, debe modificarse este punto de la sentencia en alzada, por cuanto en ella se dispuso el reconocimiento del derecho pensional en cuantía de un salario y medio (1 1/2) mínimo legal mensual vigente, cuando en realidad el cálculo debe sujetarse conforme los razonamientos expuestos en antecedencia.

En lo que respecta a los descuentos de los valores pagados por la entidad, mediante Resolución No. 1379 de 1º de septiembre de 2008, por concepto de compensación por muerte, prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, la Sala encuentra que aquel derecho prestacional fue reconocido a los padres del ex conscripto fallecido, en calidad de beneficiarios, mismos que fungen como parte demandante en la controversia de marras, y a quienes se reconocerán la pensión de sobrevivientes.

De suerte que, conforme las reglas jurisprudenciales trazadas en la sentencia de unificación de 12 de abril de 2018, al haber identificación total entre los beneficiarios de ambos derechos prestacionales, las mesadas que los actores deben recibir con ocasión a la pensión de sobreviviente de que habla el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, debe efectuarse el correspondiente descuento total del pago de compensación por muerte, debidamente indexado, dado la incompatibilidad que existe

entre esos dos emolumentos prestacionales, tal como lo consideró el *A quo*.

No obstante, se hace la advertencia que en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, la entidad demandada debe realizar un acuerdo de pago con los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, con el fin de que éstos cubran la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. En ese contexto, frente a este tópico debe modificarse el numeral 8º en la sentencia en alzada, pues tal consideración no fue establecida en ese numeral.

**En resumen**, dando respuesta al problema jurídico, se concluye que los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARIA MAYELA MONTES OSPINA, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pero en los términos del artículo 46 y ss de la Ley 100 de 1993, en la medida que es la norma más favorable aplicable al caso, en virtud del artículo 288 *íbidem*. En tal sentido, se modificarán los numerales 3º y 8º de la sentencia en alzada, y se confirmarán las demás partes.

#### **f. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que estableció un criterio objetivo de imposición de costas, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, habida consideración de no observarse ninguna situación especial que objetivamente impida abstenerse de condenar en costas. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

### **3. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

## **FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 3º de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el día 23 de abril de 2018, el cual queda así:

*"TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, se **condena** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a los señores LUIS ADRIANO TAMAYO GARCÉS y MARIA MAYELA MONTES OSPINA, a partir del 17 de junio de 2008, con efectos fiscales a partir del 13 de agosto de 2012, por operar la prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad a esta fecha, en cuantía que surgirá del 45% del ingreso base de liquidación, sin que el resultado del mismo sea inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.*

*Para efectos de obtener el ingreso base de liquidación pensional, se debe tener en cuenta la asignación básica mensual que devengaba un miembro de la Armada Nacional en el grado de Marinero, para la época del deceso del ex infante de marina regular JHON FREDY TAMAYO MONTES, según lo expuesto en la parte considerativa."*

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 8º del fallo en comento, en los siguientes términos:

*"OCTAVO. Se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, a que descuente lo pagado a los demandantes, por compensación por muerte del Infante de Marina Regular JHON FREDY TAMAYO MONTES, del retroactivo que se genere con ocasión a las mesadas pensionales causadas a partir del 13 de agosto de 2013, debidamente indexado.*

*Si el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, la entidad condenada debe realizar un acuerdo de pago con los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, con el fin de que éstos cubran la diferencia sin que se afecte su mínimo vital."*

**TERCERO: CONFIRMAR** en todas sus demás partes la sentencia del 23 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte considerativa.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

**QUINTO:** firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 34.

**Notifíquese y cúmplase,**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

Magistrado ponente

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

Magistrado

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**

Magistrado