



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 AGO. 2017

DEMANDANTE:	SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
REFERENCIA:	150013333010201400136-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	SOLDADO PROFESIONAL - ASCENSO PÓSTUMO – COMPENSACIÓN POR MUERTE – CESANTÍAS DOBLES
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia preferida el 5 de abril de 2016 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (ff. 43-46)

La señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES, en nombre propio y en representación de sus menores hijos YORDAN ESTIVEN y JULIANA SOFÍA MORALES LAGUNA, a través de apoderado judicial, instauraron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. 20135621139521: MDN CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 19 de diciembre de 2013, expedido por el Subdirector de Personal del EJÉRCITO NACIONAL, y OFI14-1259 MDNSGDAGPSAT del 14 de enero de 2014, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, a través de los cuales se negó el ascenso póstumo y la consiguiente reliquidación de la pensión de sobrevivientes, la

compensación o indemnización por muerte y el pago de cesantías dobles derivadas del fallecimiento del Soldado Profesional JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a:

- (i) Dando aplicación al artículo 37 del Decreto Ley No. 1793 de 2000, en concordancia con el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de los accionantes, en cuantía equivalente al 50% del sueldo básico devengado con el grado de Cabo Segundo o Cabo Tercero del EJÉRCITO NACIONAL (otorgado póstumamente) para el año 2012, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos por el causante.
- (ii) Dando aplicación al artículo 37 del Decreto Ley No. 1793 de 2000, en concordancia con el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reconocer y pagar la compensación o indemnización por muerte a favor de los demandantes equivalente a 4 años de haberes correspondientes a grado conferido póstumamente al causante (Cabo Segundo o Cabo Tercero), tomando para su liquidación las partidas del artículo 158 del Decreto No. 1211 de 1990 o las normas especiales para la POLICÍA NACIONAL.
- (iii) Dando aplicación al artículo 37 del Decreto Ley No. 1793 de 2000, en concordancia con el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reconocer el doble pago de las cesantías por el tiempo servido por el causante a favor de los actores (4 años, 11 meses y 18 días) teniendo en cuenta el grado conferido póstumamente al causante (Cabo Segundo o Cabo Tercero).

Además, pidió que las sumas producto de la anterior orden fueran canceladas de forma indexada y con intereses moratorios, que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 187, 192, 193, 194 y 195 del CPACA y que la se condene en costas a la accionada.

Subsidiariamente, en caso de no prosperar las anteriores pretensiones, pidió que se declare la nulidad de los actos en mención y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a:

- (i) Inaplicando los Decretos Ley Nos. 1793 y 1794 de 2000 y dando aplicación al artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de los accionantes, en cuantía equivalente al 50% del sueldo básico devengado con el grado de Cabo Segundo o Cabo Tercero del EJÉRCITO NACIONAL (otorgado póstumamente) para el año 2012, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos por el causante.
- (iv) Inaplicando los Decretos Ley Nos. 1793 y 1794 de 2000 y dando aplicación al artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reconocer y pagar la compensación o indemnización por muerte a favor de los demandantes equivalente a 4 años de haberes correspondientes a grado conferido póstumamente al causante (Cabo Segundo o Cabo Tercero), tomando para su liquidación las partidas del artículo 158 del Decreto No. 1211 de 1990 o las normas especiales para la POLICÍA NACIONAL.
- (v) Inaplicando los Decretos Ley Nos. 1793 y 1794 de 2000 y dando aplicación al artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y demás normas pertinentes -inclusive las expedidas para la POLICÍA NACIONAL-, reconocer el doble pago de las cesantías por el tiempo servido por el causante a favor de los actores (4 años, 11 meses y 18 días) teniendo en cuenta el grado conferido póstumamente al causante (Cabo Segundo o Cabo Tercero).

En este evento, asimismo pidió que las sumas producto de la anterior orden fueran canceladas de forma indexada y con intereses moratorios, que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 187, 192, 193, 194 y 195 del CPACA y que la se condene en costas a la accionada.

1.1.2. Fundamentos fácticos (ff. 42-43)

El apoderado de la parte actora indicó que el señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) ingresó al EJÉRCITO NACIONAL como soldado profesional el 30 de mayo de 2007 y fue retirado del servicio por muerte el 18 de abril de 2012.

Relató que mediante Informativo Prestacional por Muerte No. 033457 del 2 de mayo de 2012 se calificó el fallecimiento del causante como ocurrido en combate, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto No. 4433 de 2004.

Expuso que la señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES, por medio de derecho de petición, le solicitó al EJÉRCITO NACIONAL la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, el pago de la compensación o indemnización por muerte y el pago doble de cesantías en razón a la calificación de la muerte.

Aseveró que la Administración no dio respuesta oportunamente, razón por la cual fue interpuesta una tutela que fue tramitada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal y, al accederse al amparo, la entidad demandada expidió los actos acusados.

Afirmó que la muerte en combate genera a favor de todos los miembros de la Fuerza Pública, excepto los soldados profesionales, las prestaciones que se reclaman a través de la presente demanda.

Sostuvo que la señora LAGUNA MORALES ostentaba la calidad de compañera permanente del señor MORALES CARRILLO (q.e.p.d.), ya que convivieron juntos por más de 3 años y hasta la fecha del fallecimiento, y producto de esa unión nacieron los menores YORDAN ESTIVEN y JULIANA SOFÍA MORALES LAGUNA. Por esa razón, los accionantes fueron reconocidos como beneficiarios de la pensión del fallecido mediante la Resolución No. 5608 del 9 de agosto de 2012.

1.1.3. Fundamentos de derecho (ff. 47-58)

El apoderado de la parte demandante refirió como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 83, 85, 93, 94, 209, 216 y 217 de la Constitución; artículos 1, 2, 3, 43, 87, 137, 138, 156, 157, 159 y siguientes del CPACA; las Leyes 57 y 153 de 1887; los artículos 158 y 189 del Decreto No. 1211 de 1990; y los Decretos Nos. 1212 de 1990, 1213 de 1990 y 1091 de 1995.

En síntesis, explicó que el artículo 37 del Decreto Ley No. 1793 de 2000 remitía para el caso de las incapacidades, invalideces e indemnizaciones de los soldados profesionales al régimen del personal de las Fuerzas Militares, de modo que resultaba procedente la aplicación del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, que contemplaba el ascenso póstumo, una compensación equivalente a 4 años de haberes y el pago doble de

cesantías a favor de los Oficiales y Suboficiales que murieran en combate. Asimismo, para determinar el grado al que debía ser ascendido el causante, indicó que era procedente acudir al artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968, que señalaba que aquel era el de Cabo Segundo.

Adujo que en caso de que no se admitiera la anterior interpretación, en aplicación del principio de favorabilidad debía entenderse que el Decreto No. 1793 de 2000 no era una norma cerrada ni absoluta, sino que debía armonizarse con el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y, en el evento en que esto tampoco fuera posible, debía inaplicarse el primero para aplicar el segundo.

Sostuvo que todos los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) tenían derecho al ascenso póstumo y al pago de las prestaciones pretendidas en el libelo cuando fallecían en combate, excepto los soldados profesionales, lo cual transgredía el principio de igualdad.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 91-94)

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del medio de control, alegando que el artículo 19 del Decreto No. 4433 de 2004 establecía a favor de los beneficiarios de los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales fallecidos en combate o por acción del enemigo una pensión mensual liquidada, para el caso de los últimos, con el 50% de las partidas computables si el causante contaba con menos de 20 años de servicio, o del monto que habría percibido como asignación de retiro si había servido más tiempo. Por lo anterior, pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 5 de abril de 2016, resolvió (ff. 176-183):

“(...) PRIMERO: Denegar las pretensiones formuladas por la señora Sandra Yamile Laguna Morales, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la señora Sandra Yamile Laguna Morales, como lo autoriza el artículo 188 del CPACA, lo cual se sujetará a lo dispuesto en los artículo (sic) 392-395 del C.P.C. Se fijan como agencias en derecho conforme al artículo 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 el uno (1%) por ciento, (sic) del valor de las pretensiones. (...)”

Para adoptar tal determinación, después de realizar un recuento normativo y relacionar las pruebas obrantes en el proceso, el a quo sostuvo que si bien era cierto que el artículo 37 del Decreto No. 1793 de 2000 expresaba que las incapacidades, invalideces e indemnizaciones de los soldados profesionales se regían por las normas correspondientes al régimen del personal de las Fuerzas Militares, lo cierto era que esta remisión llevaba al Decreto No. 4433 de 2004 (no al Decreto No. 1211 de 1990), el cual estaba vigente al momento de la vinculación del causante.

Además, señaló que el Decreto No. 1211 de 1990 cobijaba al personal de Oficiales y Suboficiales y no al de Soldados Profesionales, toda vez que para ese año estos últimos no existían dentro de la estructura de la institución en razón a que fueron creados con el Decreto No. 1793 de 2000.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora por intermedio de su apoderada apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (ff. 186-198):

Reiteró que todos los miembros de la Fuerza Pública fallecidos en actos especiales del servicio o en combate tenían derecho al ascenso póstumo, excepto los soldados profesionales y por ello, en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad y los postulados contemplados en la Ley 923 de 2004, debía extenderse ese beneficio aquellos, específicamente al señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.).

Agregó que las Altas Cortes en anteriores ocasiones han inaplicado el Decreto No. 4433 de 2004 por ser contrario a la Constitución y a la Ley 923 de 2004, como en lo relativo al porcentaje para obtener una pensión de invalidez y el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Manifestó que en el fallo recurrido se confundía la aplicación del aludido Decreto No. 4433 de 2004, que regula únicamente el régimen pensional, con el Decreto No. 1211 de 1990 que, además de lo anterior, otorga derechos prestacionales como la compensación por muerte y el pago doble de cesantías; aspectos en los cuales continúa vigente.

Argumentó que las Fuerzas Militares actualmente estaban reconociendo compensación por muerte y cesantías dobles a los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales muertos en combate, conforme se evidenciaba

en el oficio visible a folio 170 de expediente, lo cual también sucede en la Policía Nacional.

4. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 10 de mayo de 2016 (f. 200) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 27 de junio de 2016 (f. 205). Posteriormente, a través de auto del 11 de agosto de 2016 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 209).

4.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1.1. Parte demandante

Guardó silencio.

4.1.2. Parte demandada

Guardó silencio.

4.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si: *¿Los beneficiarios de los soldados profesionales muertos en combate o por acción directa del enemigo, como los demandantes, actualmente tienen derecho al reconocimiento del ascenso póstumo del causante, la compensación por muerte y el pago doble de cesantías?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968, en concordancia con los artículos 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y 37 del Decreto No. 1793 de 2000, así como los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad, la Sala concluye que los actores tienen derecho al reconocimiento de los beneficios pretendidos en razón a que se trata de beneficios que históricamente han sido concedidos a los soldados, los cuales compatibles con la pensión de sobrevivientes y también están previstos a favor de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Mediante la expedición de la Ley 65 de 1967, el Congreso concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de un año para, entre otras materias, “modificar el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional” (art. 1° lit. c).

En virtud de lo anterior, fue dictado el Decreto No. 2728 de 1968, que en su artículo 8° preceptuó:

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

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

Esta disposición regulaba tres eventos diferentes tratándose del fallecimiento de soldados, así:

Evento	Prestaciones
Muerte en combate o por acción del enemigo	- Ascenso póstumo a Cabo Segundo - 48 meses de haberes en ese grado - Pago doble de cesantías
Muerte en misión del servicio	- 36 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo
Muerte simple en actividad	- 24 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo

Más adelante fue proferida la Ley 447 de 1998, que en su artículo 1º señaló:

*"(...) 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 pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.***

PARAGRAFO 1o. Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.

PARAGRAFO 2o. Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Al analizar la exequibilidad del inciso 1º de la norma citada, la Corte Constitucional sostuvo:

*"(...) **Esta norma** [el artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968] **era aplicable a los soldados regulares, los soldados campesinos, los soldados bachilleres y los auxiliares de policía bachilleres pues todos ellos prestan el servicio militar obligatorio.** En relación con estos últimos, si bien ejercen su labor en funciones propias de la Policía Nacional, para efectos de incorporación a la fuerza y régimen prestacional se asimilan a soldados.*

Como puede advertirse, entonces, se trata de dos regímenes diferentes. El anteriormente vigente consagraba una indemnización a los beneficiarios de los soldados y grumetes que fallecían a causa de las heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto armado internacional o en mantenimiento del orden público.

El régimen actual, en cambio, no consagra una indemnización sino una pensión a favor de tales beneficiarios.

Luego, no puede afirmarse que el aparte demandado del artículo 1º de la Ley 447 de 1998 lesione los derechos de los beneficiarios de quienes por razón de la prestación del servicio militar obligatorio fallecieron antes del 23 de julio de 1998 pues a ellos también se les reconocían derechos económicos, aunque en condiciones diferentes. Cosa distinta es que el legislador haya reconsiderado el régimen inicialmente consagrado y que frente a unos nuevos condicionamientos haya estimado insuficiente la indemnización en él consagrada. (...)'¹ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

A partir de lo transcrito puede resaltarse que desde la expedición de la Ley 447 de 1998 desapareció la compensación por muerte en combate que había sido establecida en el Decreto No. 2728 de 1968 a favor de los soldados que prestaban el servicio militar obligatorio². Cabe anotar que para ese momento³ solo existían dos clases de soldados, los conscriptos (regulares, campesinos y bachilleres)⁴ y los voluntarios; los primeros

¹ CConst, C-434/2003, J. Córdoba.

² CE 2A, 23 Feb. 2017, e68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), G. Valbuena: "(...) para el año de 1998, el legislador profirió la Ley 447 de ese mismo año en la cual (i) reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensual y vigente, a favor de los beneficiarios de la persona vinculada a las fuerzas armadas y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, cuya muerte acaezca en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de la conservación o restablecimiento del orden público, y (ii) suprimió «la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones», refiriéndose a las pensiones de sobrevivencia por muerte en combate. (...)”

³ Con la expedición de la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017, las modalidades pasaron a ser las siguientes:

“(...) ARTÍCULO 15º. Prestación del servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio se prestará como:

a. **Soldado en el Ejército.**

b. Infante de Marina en la Armada Nacional.

c. Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea.

d. Auxiliar de Policía en la Policía Nacional.

e. Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

⁴ L 48/1993, Art. 13: “(...) MODALIDADES PRESTACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

a. Como **soldado regular**, de 18 a 24 meses.

b. Como **soldado bachiller**, durante 12 meses.

cobijados por la normatividad en cita y los segundos por la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 3º indicaba:

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

En este contexto, la ausencia de prescripción alguna que creara una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, e incluso, frente a la negativa de reconocimiento de la misma a favor de los conscriptos (principalmente los soldados regulares) fallecidos en la misma situación, generó que la jurisprudencia administrativa y constitucional dieran aplicación al Decreto No. 1211 de 1990 -dirigido a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (art. 2º)-, el cual previó las siguientes prestaciones en caso de muerte en combate o por acción del enemigo:

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

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, **una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante**, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al **pago doble de la cesantía** por el tiempo servido por el causante.

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

d. **Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio**, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una **pensión mensual** equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas

c. Como **auxiliar de policía bachiller**, durante 12 meses.

d. Como **soldado campesino**, de 12 hasta 18 meses. (...)" (Subraya y Negrilla fuera del texto original)

de que trata el artículo 158 de este Decreto. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente en lo referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes:

“(…) al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales, en este caso la señora Luz Edilia Penagos Hoyos y su menor hijo Brayner Estrada Penagos, del soldado muerto, como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, **la estricta aplicación del Decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante el vacío legal del Decreto 2728 de 1968, tendrá en cuenta para el caso el artículo 185, literal a) del Decreto 1211 de 1990** y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, es decir, la mitad para la compañera permanente y la otra mitad para el hijo del causante, de conformidad con la jurisprudencia establecida en el presente fallo. (...)”⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

A su turno, el Consejo de Estado ha manifestado:

“(…) en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, **en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular (soldados voluntarios, vinculados para prestar el servicio militar obligatorio, oficiales y/o suboficiales) -sic- en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.** (...)”⁶ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Cabe aclarar que esta posición presenta matices, ya que en los eventos en los que la muerte del soldado se produjo antes de la expedición de la Ley 447 de 1998 (21 de julio de 1998), el precedente ha sido aplicado sin sobresaltos; empero, con posterioridad a esa fecha en algunos casos se ha ordenado el reconocimiento de la pensión en los términos señalados en la disposición legal en comento:

“(…) Con fundamento en el anterior recuento normativo y en las pruebas obrantes en el plenario, que evidencian que la muerte del **soldado voluntario** Jhon Jairo Perdomo Rodríguez acaeció por acción directa del enemigo el **19 de marzo de 1999**; concluye la Sala, que contrario a lo sostenido por el a quo en su providencia, **la norma por la cual se debe regir la situación en debate, es la Ley 447 de 1998 que fue promulgada el 21 de julio de 1998 y que a su turno consagra en el artículo 1 la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios de los miembros de las Fuerzas Militares, cuando fallezcan en combate.**
(...)”

⁵ CConst, T-1043/2012, N. Pinilla.

⁶ CE 2A, 23 Feb. 2017, e68001-23-33-000-2013-00534-01 (2146-15), G. Valbuena.

De igual manera, cabe señalar que de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 447 de 1998 existe incompatibilidad entre la pensión de sobrevivientes y la compensación por muerte, lo que significa que de los valores adeudados por la demandada deberá descontarse lo pagado por compensación por muerte, como se señaló en la sentencia recurrida. (...)”⁷ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, ya en el año 2000 fueron expedidos los Decretos Nos. 1793 y 1794 los cuales determinaron, por una parte, el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, y por otra, su régimen salarial y prestacional, respectivamente, con lo que se creó este grupo de personal que vino a reemplazar a los soldados voluntarios, quienes fueron incorporados a ese nuevo régimen. En este sentido, el artículo 37 del referido Decreto No. 1793 de 2000 expuso:

“(…) ARTÍCULO 37. RÉGIMENES APLICABLES. Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, **a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares** y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

Posteriormente fue dictado el Decreto No. 2192 de 2004, “por el cual se desarrolla el régimen de pensiones de invalidez y sobrevivencia del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, que en su artículo 7º estatuyó:

“(…) ARTÍCULO 7o. MUERTE EN COMBATE. **A la muerte de un 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 3o del presente decreto, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una **pensión mensual**, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

7.1 El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables si al momento de la muerte el Soldado Profesional tiene menos de veinte (20) años de servicios.

7.2 El setenta por ciento (70%) del salario mensual en los términos del inciso 1o del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000, adicionado en un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad devengada, si al momento de la muerte del soldado profesional tiene 20 o más años de servicio. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por ende, desde ese momento los soldados profesionales contaron con una regulación expresa atinente a la pensión de sobrevivientes producto

⁷ CE 2A, 22 Sep. 2016, e41001-23-31-000-2010-00308-01 (4373-14), G. Valbuena.

de la muerte en combate o por acción del enemigo, pero nada se dijo acerca de la compensación por muerte -eliminada por la Ley 447 de 1998 para los conscriptos- ni sobre el pago doble de cesantías.

Más tarde ese mismo año fue expedida la Ley 923 de 2004, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", en la que se plantearon los siguientes criterios relevantes en lo relacionado con las prestaciones derivadas de la muerte de los miembros de la Fuerza Pública:

"(...) ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

(...)

3.12. Las indemnizaciones prestacionales por disminución de la capacidad psicofísica o por muerte son compatibles con la pensión o asignación de retiro que se llegare a otorgar, de conformidad con las normas que las regulan, sin que haya lugar a indemnización sustitutiva. (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En desarrollo de la ley en mención, fue expedido el Decreto No. 4433 de 2004, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", en el cual se preceptuó:

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

(...)

19.2. Para Soldados Profesionales:

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

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto.

(...)

ARTÍCULO 22. PENSIONES DE SOBREVIVENCIA DE SOLDADOS PROFESIONALES. **Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto-ley 1793 de 2000, 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 decreto. Igualmente, para los solos efectos 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. (...)**" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

A partir del recuento previamente efectuado puede concluirse que, frente a la **pensión de sobrevivientes** a favor de beneficiarios de los soldados, normativamente existen tres momentos históricos diferenciados en el periodo analizado (desde 1968 hasta la actualidad):

- (i) **Desde la expedición del Decreto No. 2728 de 1968 hasta la expedición de la Ley 447 de 1998:** En principio, los beneficiarios de los soldados (conscriptos y voluntarios) no tenían derecho a una pensión de sobrevivientes, pero por vía jurisprudencial fue concedida esta prestación extendiendo la aplicación del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990.
- (ii) **Desde la expedición de la Ley 447 de 1998 hasta la expedición del Decreto No. 4433 de 2004:** Los beneficiarios de los soldados conscriptos tenían derecho a una pensión de sobrevivientes equivalente a 1.5 SMLMV. Frente a los beneficiarios de los soldados voluntarios no había norma expresa sobre el tema, por lo que el Consejo de Estado extendió a su favor la aplicación del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990⁸. Acerca de los beneficiarios de los soldados profesionales (creados en el año 2000) no existe jurisprudencia específica sobre la materia; empero, siguiendo la *ratio decidendi* de la jurisprudencia contencioso administrativa⁹,

⁸ Ver, por ejemplo: CE 2A, 30 Mar. 2017, e68001-23-33-000-2013-00885-01(3060-14), W. Hernández.

⁹ Ver, por ejemplo: CE 2A, 30 Mar. 2017, e68001-23-33-000-2013-00885-01(3060-14), W. Hernández; CE 2A, 23 Feb. 2017, e68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), G. Valbuena; CE 2A, 16 Feb. 2017, e68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), G. Valbuena; CE 2B, 26

también tienen derecho a la prestación por medio de la extensión a su favor del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, dado que entraron a reemplazar a los soldados voluntarios.

(iii) **Desde la expedición del Decreto No. 4433 de 2004 hasta la actualidad:** Los beneficiarios de los soldados conscriptos mantienen el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 447 de 1998, como lo reitera el artículo 34 del Decreto No. 4433 de 2004¹⁰; mientras que los de los soldados profesionales tienen derecho a la prestación conforme a los artículos 19 y 22 del Decreto aludido.

Por otra parte, en cuanto a los **derechos a (i) ascenso póstumo, (ii) compensación por muerte y (iii) pago doble de cesantías en los eventos de muerte de soldados profesionales en combate o por acción directa del enemigo**, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha aclarado su aplicación en el tiempo. Empero, esta Corporación considera el Decreto No. 2728 de 1968 se encuentra plenamente vigente y cubre a ese personal por varias razones.

En primer lugar, porque el Decreto No. 4433 de 2004 circunscribe su ámbito de aplicación al régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública (art. 4), lo que implica que no modificó el régimen de prestaciones de los mismos, incluyendo los demás beneficios que se causan con la muerte a favor de los beneficiarios de ese personal. En ese sentido, el silencio de su artículo 19 no puede entenderse como la desaparición de las prestaciones diferentes a la pensión de sobrevivientes que se causan con la muerte en combate del soldado profesional.

Ene. 2017, e68001-23-33-000-2013-00534-01 (2146-15), S. Ibarra; CE 2A, 1º Dic. 2016, e81001-23-33-000-2014-00036-01 (2405-2015), G. Valbuena; CE 2A, 22 Sep. 2016, e41001-23-31-000-2010-00308-01 (4373-14), G. Valbuena; CE 2B, 8 Sep. 2016, e13001-23-33-000-2013-00299-01 (1085-14), S. Ibarra; CE 2B, 28 Oct. 2016, e66001 23 33 000 2013 00432 01 (4826 2014), S. Ibarra; CE 2A, 19 Ene. 2015, e13001 23 33 000 2012 00159 01 (4353-2013), G. Gómez; y CE 2B, 7 Jul. 2011, e700012331000200400832 01 (2161-2009), G. Arenas.

¹⁰ "(...) **ARTÍCULO 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.** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Igualmente, aun cuando el Decreto No. 1794 del 2000 “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares” no menciona los derechos al ascenso póstumo, la compensación por muerte y el pago doble de cesantías en los eventos de muerte en combate o por acción directa del enemigo, lo cierto es que el artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968 hace alusión a los soldados y grumetes sin efectuar distinción alguna y no contradice el artículo 37 del Decreto No. 1793 de 2000. Al respecto, el hecho de que los soldados profesionales fueran creados en el año 2000, esto es, aproximadamente tres décadas después de la expedición del referido Decreto No. 2728 de 1968, no significa que no cobije a ese personal, debido a que se trata también de Soldados y no de Oficiales o Suboficiales.

Además, el aludido artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968 no ha sido derogado expresamente ni de forma tácita¹¹, esto último en razón a que no se opone a los Decretos Nos. 1793 y 1794 del 2000 o 4433 de 2004. Sobre este punto, podría argumentarse que el artículo 19.2 del Decreto No. 4433 de 2004 no hizo alusión al ascenso póstumo, como sí se observa en el artículo 19.1, o que el efecto útil de aquel implica que ese beneficio no existe; empero, aceptar esas interpretaciones llevaría a vulnerar el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional, así:

*“(…) 3.6.12 El **principio de progresividad** ha sido reconocido en diversos tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y se traduce en ‘la obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esa progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute.’*

(…)

¹¹ CConst, T-484/2012, G. Mendoza: “(…) la Carta consagró en su artículo 217 la autorización al legislador para determinar el régimen especial prestacional de las Fuerzas Militares, en concordancia con el artículo 150 superior, numeral 19, inciso ‘E’, el cual establece que le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

De acuerdo con ello, el presidente (sic) de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador, expidió los decretos a través de los cuales se regula el régimen prestacional y salarial de las Fuerzas Militares. De esta manera, el régimen al que están sujetos los miembros de este grupo se encuentra regulado por el Decreto 2728 de 1968, por el Decreto 1211 de 1990, la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ello implica entonces deberes concretos para el Estados referidos a la adopción de un plan de acción o un programa para la ampliación de los contenidos prestacionales del derecho con miras a lograr su goce efectivo. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente en la sentencia T-595 de 2002: '(...) lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, **contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos**'. De igual manera, comprende la **prohibición de disminuir o desviar sensiblemente los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho**. En tercer lugar, **proscribe aumentar significativamente el costo para acceder a un servicio necesario para garantizar un derecho**, especialmente para las personas de escasos recursos. En cuarto lugar, el principio obliga al Estado a **no incrementar los requisitos para la satisfacción del respectivo derecho**. (...)''¹² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Y en la misma providencia se aclaró:

"(...) En consecuencia, **las medidas regresivas deben sujetarse a un escrutinio de constitucionalidad más estricto que otras decisiones legislativas**, que además comprenda una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir, el juicio de constitucionalidad de estas medidas **incluye también un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente**. Así, como se indicó en la sentencia C-671 de 2002, para que una medida regresiva pueda considerarse ajustada a la Carta, '(...) las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional'. Además, con fundamento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en este mismo fallo, la Corporación precisó que para justificar medidas regresivas '(...) el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que 'se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles''. (...)''¹³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, conforme se explicó, históricamente se han considerado compatibles los beneficios del Decreto No. 2728 de 1968 con la pensión de sobrevivientes (excepto para los conscriptos, dada la naturaleza de su servicio), de modo que no hay razón para considerar que la prescripción expresa de la segunda a favor de los beneficiarios de los soldados profesionales tuvo la virtualidad de desmontar las prerrogativas consagradas en el Decreto aludido, lo cual implicaría un retroceso frente a la protección contemplada en los casos de muerte en combate o por acción del enemigo.

¹² CConst, C-767/2014, J. Pretelt.

¹³ *Ibíd.*

De igual forma, no puede pasarse por alto que actualmente el personal que conforma los demás grupos que integran la Fuerza Pública goza de beneficios semejantes, como se evidencia enseguida:

Personal	Prerrogativas en caso de muerte en combate o acción del enemigo	Fundamento normativo
Soldados conscriptos	Pensión de sobrevivientes	L 447/1998
Alumnos de escuelas de formación FFMM	Compensación: 24 meses el sueldo básico correspondiente a un Cabo Segundo	Art. 145 – D 1790/2000
Oficiales y Suboficiales de las FFMM	Ascenso póstumo	Art. 189 – D 1211/1990
	Compensación: 4 años de haberes correspondientes al grado conferido póstumamente	
	Pago doble de cesantías	
	Pensión de sobrevivientes	
Estudiantes Escuela Nacional de Policía	Compensación: 24 meses del sueldo básico correspondiente a un Subteniente	Art. 78 – D 1791/2000
Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional	Ascenso póstumo	Art. 165 – D 1212/1990 Art. 123 – D 1213/1990 Art. 70 – D 1091/1995
	Compensación: 4 años de haberes correspondientes al grado conferido póstumamente	
	Pago doble de cesantías	
	Pensión de sobrevivientes	

Bajo esta perspectiva, los beneficiarios de los soldados conscriptos no reciben compensación económica adicional a la pensión de sobrevivientes por expresa disposición legal (par. 1 art. 1 L 447/1998). Por su parte, los beneficiarios de los alumnos y estudiantes de escuelas de formación, aun cuando éstos no son ascendidos póstumamente, perciben una compensación calculada con base en un grado de un Cabo Segundo del EJÉRCITO NACIONAL (Suboficial) o Subteniente de la POLICÍA NACIONAL (Oficial), según el caso. Finalmente, los Oficiales y Suboficiales del EJÉRCITO NACIONAL y los Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la POLICÍA NACIONAL son ascendidos póstumamente y sus beneficiarios perciben una compensación económica y el pago doble de las cesantías del causante.

Ahora bien, la vinculación de los soldados conscriptos surge por mandato constitucional y es estrictamente temporal, de modo que un trato diferenciado *prima facie* resulta válido. Lo mismo puede decirse de los estudiantes y alumnos que pertenecen a las escuelas de formación,

quienes en estricto sentido aún no han ingresado a la estructura de la institución militar o policial (y, en todo caso, perciben una compensación calculada con base en un grado superior). Sin embargo, los soldados profesionales hacen parte de la planta de personal del EJÉRCITO NACIONAL y su situación laboral está regulada legal y reglamentariamente, lo cual los asemeja a los Oficiales y Suboficiales (por esa razón la jurisprudencia del Consejo de Estado, como se advirtió, ha extendido los efectos del Decreto No. 1211 de 1990 a su favor); razón por la cual no resulta justificable un trato menos favorable¹⁴, más aun teniendo en cuenta la causa del fallecimiento.

En este escenario, fuerza concluir que en virtud de los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad, los derechos al ascenso póstumo, la compensación por muerte y el pago doble de cesantías en los eventos de muerte en combate o por acción directa del enemigo son aplicables a los soldados profesionales.

Finalmente, debe resaltarse que el artículo 3.13 de la Ley 923 de 2004 -previamente citado- fue enfático en señalar la compatibilidad entre las indemnizaciones por muerte con las pensiones, así que no solamente no se trata de prerrogativas excluyentes entre sí, sino que tampoco puede afirmarse que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reemplaza la utilidad del de la compensación por muerte y el pago doble de cesantías. En adición, lo preceptuado en el artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968 no difiere del contenido del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, como se evidencia enseguida:

Decreto No. 2728 de 1968	Decreto No. 1211 de 1990
Ascenso póstumo a Cabo Segundo	Ascenso póstumo a grado inmediatamente superior

¹⁴ CConst, C-015/2014, M. González: "(...) 4.3.4. En tanto **principio**, la **igualdad** es una norma que establece un deber ser específico, aunque su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o a algunos de ellos. Este deber ser específico, en su acepción de igualdad de trato, que es la relevante para el asunto sub examine, comporta dos mandatos: **(i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.**

4.3.5. A partir del grado de semejanza o de identidad, es posible precisar los dos mandatos antedichos en cuatro mandatos más específicos aún, a saber: (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) **el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas;** y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

48 meses de haberes en el grado conferido póstumamente	Compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido póstumamente
Pago doble de cesantías	Pago doble de cesantías

De esta forma, desde el año 2000, cuando surgieron los soldados profesionales como nuevo grupo de personal del EJÉRCITO NACIONAL, y hasta la actualidad, los beneficiarios de los mismos se encuentran cobijados por los anteriores beneficios.

4. CASO CONCRETO

En el presente caso se encuentra probado que el señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) prestó sus servicios al EJÉRCITO NACIONAL de la siguiente forma (ff. 24-25):

Grado	Desde	Hasta
Soldado regular	24-05-2005	06-04-2007
Alumno soldado profesional	07-04-2007	29-05-2007
Soldado profesional	30-05-2007	18-04-2012

Igualmente, fue demostrado que el señor MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) **murió como consecuencia de la acción del enemigo** el 18 de abril de 2012, cuando la escuadra a la que pertenecía se introdujo en un campo minado mientras realizaba un movimiento táctico en la vereda El Milagro del Municipio de Saravena (Arauca), según se indicó en el Informativo por Muerte No. 033457 del 2 de mayo de 2012 (f. 21) y la Orden Administrativa de Personal No. 1457 del 24 de mayo de la misma anualidad (ff. 22-23).

Por otra parte, se acreditó que por medio de la Resolución No. 5608 del 9 de agosto de 2012, expedida por la Directora Administrativa del MINISTERIO DE DEFENSA, fue reconocida una **pensión de sobrevivientes** a favor de la señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES y sus hijos (50% para la primera y 50% para los segundos), la cual fue liquidada con base en el grado que ostentaba el causante al momento de su fallecimiento (ff. 34-37).

Finalmente, el 4 de septiembre de 2013 (ff. 3-4) los accionantes solicitaron el ascenso póstumo del causante, el pago de una compensación equivalente a 4 años de haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de sus cesantías, ante lo cual la Administración se pronunció por orden de un fallo de tutela (ff. 8-18) mediante los actos acusados.

En este orden de ideas, siguiendo los razonamientos expuestos extensamente en el acápite precedente, los beneficiarios del señor JHON

FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) tienen derecho al reconocimiento de las prerrogativas antes mencionadas, de acuerdo al artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968 y en concordancia con los artículos 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y 37 del Decreto No. 1793 de 2000, así como los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad. Esta conclusión se refuerza con la certificación aportada por la entidad accionada (f. 170), en donde explica que el Decreto No. 2728 de 1968 es aplicado actualmente a los soldados conscriptos y que a los Oficiales y Suboficiales se les reconoce lo pretendido en este proceso en virtud de lo contemplado en el Decreto No. 1211 de 1990, de modo que no existe razón para otorgar un trato desigual al personal de soldados profesionales.

Así las cosas, la Sala no comparte los argumentos centrales que empleó el *a quo* para denegar las pretensiones de la demanda, relativos a que los Decretos Nos. 1793 y 1794 de 2000 ni el Decreto No. 4433 de 2004 contemplaron las prerrogativas bajo estudio, y que la existencia de la pensión de sobrevivientes excluye el reconocimiento de otros beneficios, en razón a que dichas interpretaciones transgreden principios constitucionales y desconocen tanto la labor que desarrollan los soldados profesionales como los hechos que originan el reconocimiento de estas prerrogativas.

Por lo tanto, la Sala revocará el fallo de primer grado para declarar la nulidad de los oficios demandados y, en consecuencia, le ordenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL que proceda a:

- a) Ascender póstumamente al señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) al grado de Cabo Segundo, conforme lo indica el artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968.
- b) Reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la señora SANDRA YAMILE LAGUNA MORALES, identificada con C.C. No. 1.116.863.305, y de sus menores hijos YORDAN ESTIVEN y JULIANA SOFÍA MORALES LAGUNA, teniendo como referencia lo contemplado en el artículo 19.1 del Decreto No. 4433 de 2004.

Las diferencias que se causen en las mesadas se pagarán debidamente indexadas mes a mes, con efectos fiscales a partir de la fecha de retiro efectivo del servicio del causante, en razón a que no se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción.

- c) Reconocer y pagar una compensación equivalente a cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo.
- d) Reconocer y pagar doblemente las cesantías surgidas a favor del causante.

Se aclara que deberán descontarse las sumas previamente pagadas por cada uno de los anteriores conceptos, de ser el caso.

4.1. De la prescripción

El Decreto No. 1794 de 2000 no contempla un término prescriptivo para las prestaciones creadas a favor de los soldados profesionales; no obstante, el artículo 10º del Decreto No. 2728 de 1968 estableció lo siguiente¹⁵:

*"(...) Artículo 10º. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, **prescribe a los cuatro (4) años.** (...)" (Negrilla fuera del texto original)*

Mediante la sentencia C-198 de 1999, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del anterior precepto, bajo el entendido que *"el término de prescripción es aplicable en relación con las prestaciones unitarias de contenido patrimonial y las mesadas pensionales previstas por el decreto"*.

En el presente caso, la muerte del señor JHON FREDDY MORALES CARRILLO (q.e.p.d.) se produjo el **18 de abril de 2012** (f. 38) y la petición que dio origen a los actos acusados fue radicada el **4 de septiembre de 2013** (f. 3), esto es, con una diferencia menor a 4 años. Igualmente, el tiempo transcurrido entre la fecha en que fueron expedidos¹⁶ los actos en mención (19 de diciembre de 2013 y 14 de enero de 2014) y la radicación de la demanda (9 de julio de 2014) tampoco se superó ese plazo; motivos por los cuales se concluye que no operó el fenómeno prescriptivo frente al ascenso póstumo del causante al grado de Cabo Segundo, el pago de

¹⁵ La disposición es concordante con el artículo 174 del Decreto No. 1211 de 1990, que reza: "(...) ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto **prescriben en cuatro (4) años**, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

¹⁶ Se desconoce su fecha de notificación.

una compensación equivalente a 4 años de haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de sus cesantías.

Por otra parte, en lo atinente a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes con base en el ascenso póstumo aludido, teniendo en consideración el precedente del Consejo de Estado¹⁷ acerca del **término cuatrienal de prescripción** de las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de las Fuerzas Militares en aplicación del artículo 174 del Decreto No. 1211 de 1990, incluso con posterioridad a la expedición del Decreto No. 4433 de 2004, la relación efectuada en precedencia da cuenta de que el término extintivo no se produjo, así que la pretensión de reliquidación pensional tampoco se vio afectada en modo alguno.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada debido a que, aun cuando resultó vencida en el proceso, no fueron generados gastos en esta instancia y la parte accionante no desarrolló actuaciones dentro de la misma.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia preferida el 5 de abril de 2016 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, por las razones expuestas en precedencia. En su lugar, se dispone:

1. **DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos contenidos en los **Oficios Nos. 20135621139521: MDN CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 19 de diciembre de 2013**, expedido por el Subdirector de Personal del EJÉRCITO NACIONAL, y **OFI14-1259 MDNSGDAGPSAT del 14 de enero de 2014**, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del MINISTERIO DE DEFENSA, de acuerdo a las consideraciones indicadas en precedencia.

¹⁷ Ver, por ejemplo: CE 2A, 5 May. 2016, e25000-23-25-000-2011-00494-01(1640-12), W. Hernández.

2. Como consecuencia de lo anterior y título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** que proceda a:

- a) **Ascender** póstumamente al señor **JHON FREDDY MORALES CARRILLO** (q.e.p.d.) al grado de Cabo Segundo.
- b) **Reliquidar** la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la señora **SANDRA YAMILÉ LAGUNA MORALES**, identificada con C.C. No. 1.116.863.305, y de sus menores hijos **YORDAN ESTIVEN** y **JULIANA SOFÍA MORALES LAGUNA**, teniendo como referencia lo contemplado en el artículo 19.1 del Decreto No. 4433 de 2004.

Las diferencias que se causen en las mesadas se pagarán debidamente indexadas mes a mes, con efectos fiscales a partir de la fecha de retiro efectivo del servicio del causante, en razón a que no se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción.

- c) **Reconocer y pagar** a favor de los demandantes una compensación equivalente a cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo.
- d) **Reconocer y pagar** doblemente las cesantías surgidas a favor del causante, a favor de los accionantes.

De la condena deberán descontarse las sumas previamente pagadas por cada uno de los anteriores conceptos, de ser el caso. Además, de la suma a desembolsar por concepto de diferencias en las mesadas pensionales deberán realizarse los aportes a salud en el porcentaje legal.

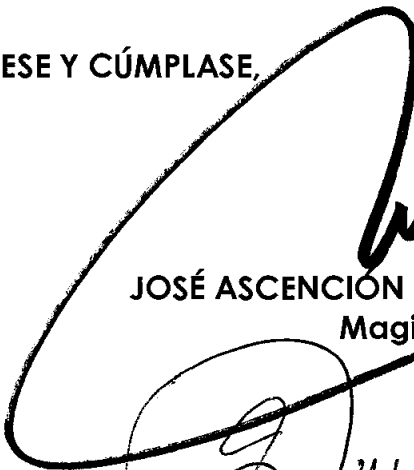
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

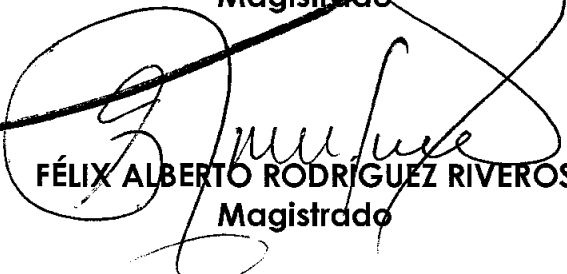
TERCERO: La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 187 y 192 a 195 del CPACA.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCION FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

No. 133
24 AGO 2017
El Segundo