

**Tendencias del Derecho Procesal y Probatorio en el Trámite de la Pensión de
Sobrevivientes de los Miembros de las Fuerzas Militares a Partir de la Constitución de
1991**

Didier Esnéider Amézquita Perdomo

**Universidad de Boyacá
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Maestría en Derecho Procesal y Probatorio
Tunja
2022**

**Tendencias del Derecho Procesal y Probatorio en el Trámite de la Pensión de
Sobrevivientes de los Miembros de las Fuerzas Militares a Partir de la Constitución de
1991**

Didier Esnéider Amézquita Perdomo

**Trabajo de grado para optar el título de
Magíster en Derecho Procesal y Probatorio**

Directora

Dr. Olga Sofía Morcote González

Doctora en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas

Codirector

Dr. Yehison Fernando Vargas Moreno

Magíster en Derecho Procesal y Probatorio

Universidad de Boyacá

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Maestría en Derecho Procesal y Probatorio

Tunja

2022

Nota de aceptación:

Firma del presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Tunja, 2 de junio de 2022

“Únicamente el graduando es responsable de las ideas expuestas en el presente trabajo”.

(Universidad de Boyacá, Reglamento de Estudiantil de Postgrados. Art. 86, del 5 de diciembre de 2013).

Al Dios de todos los hombres, por darme salud, paciencia,
resiliencia y sabiduría.

A mi familia, porque siempre será el motor que me impulsa a seguir
en continuo aprendizaje.

A mi Esposa y compañera de vida, por su entrega, comprensión,
apoyo e incansable amor que me regala sin esperar resultados.

Agradecimientos

El autor expresas sus agradecimientos a:

Universidad de Boyacá y sus Directivos, por acogerme y darme la oportunidad de mejorar y profundizar en el conocimiento del Derecho procesal y probatorio.

Docentes y compañeros de aula, por su benevolencia al compartir sus experiencias personales y profesionales a través de la academia en nivel magistratura.

Contenido

	Pág.
Introducción.....	12
1. Régimen Normativo en la Pensión por Supervivencia en las Fuerzas Militares.....	15
1.1. Jerarquía y Grados Militares.....	15
1.2. La calificación de la Muerte en Servicio.....	17
1.3. Naturaleza Jurídica del Informe Administrativo por Muerte.....	18
1.4. Prestaciones Sociales Derivadas por Muerte.....	20
1.4.1. Prestaciones por muerte en combate.....	21
1.4.2. Prestaciones Sociales por Muerte en Misión del Servicio.....	22
1.4.3. Prestaciones Sociales por Muerte en Simple Actividad.....	25
1.5. Marco Jurídico de la Pensión de sobrevivientes para FF.MM.....	25
1.5.1. Pensión de sobrevivientes para oficiales y suboficiales.....	26
1.5.1.1. Derecho Pensional en Vigencia del Decreto 1211 de 1990.....	26
1.5.1.2. Derecho pensional Vigente en el Decreto 4433 de 2004.....	27
1.5.2. Marco normativo para soldados voluntarios.....	27
1.5.3. Marco Normativo para soldados profesionales.....	29
1.5.4. Marco Normativo para soldados en conscripción.....	30
3.6. Tablas de Recopilación Normativa Vigente Desde 1991.....	33
2. Criterios de Aplicación de los Regímenes Desde la Jurisprudencia Para la Pensión de Supervivientes a los Miembros de las FF.MM.....	38
2.1. Las Sentencias de Unificación como Precedente vinculante y obligatorio.....	38
2.2. Reglas Jurisprudenciales Para Soldados Voluntarios con Ascenso Póstumo.....	40
2.3. Reglas Jurisprudenciales por Muerte en Simple Actividad.....	43
2.4. Reglas Jurisprudenciales por Muerte en Misión del Servicio.....	49
2.5. Recopilación de Jurisprudencia Unificada.....	51
3. Presupuestos Jurídicos y Procesales en la Pensión De Supervivientes.....	53
3.1. Noción de Pensión de Supervivencia.....	53
3.2. Beneficiarios y su Orden.....	54
3.3. Dependencia Económica.....	55

3.4. Reclamación Administrativa.....	57
3.5. Mecanismos de Protección Judicial.....	59
3.5.1. La Acción de Tutela.....	60
3.5.2. La Extensión de Jurisprudencia.....	62
3.5.3. La Conciliación Administrativa.....	64
3.5.4. La Nulidad y Restablecimiento del Derecho.....	65
3.5.5. La Caducidad en Pensiones.....	66
3.5.6. La Prescripción en Pensiones.....	69
3.6. Argumentación Jurídica para Reconocimiento de la Pensión.....	71
3.6.1. Principio protector o protectorio.....	72
3.6.2. Principio de favorabilidad.....	74
4. Conclusiones.....	77
5. Recomendaciones.....	82
Referencias Bibliográficas.....	84
Anexos.....	¡Error! Marcador no definido.

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Factores salariales y prestacionales entre los soldados voluntarios y los soldados profesionales.....	24
Tabla 2. Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares de Colombia	33
Tabla 3. Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.....	34
Tabla 4. Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para Soldados Voluntarios y Grumetes.....	35
Tabla 5. Recopilación Normativa en Pensión de Sobrevivientes para Soldados Voluntarios y Grumetes.....	36
Tabla 6. Tabla Única	51
Tabla 7. Test de Procedencia.....	61

Resumen

Amézquita Perdomo, Didier Esnéider

Tendencias del derecho procesal y probatorio en el trámite de la pensión de sobrevivientes de los miembros de las Fuerzas Militares a partir de la Constitución de 1991 / Didier Esnéider Amézquita Perdomo. - - Tunja : Universidad de Boyacá, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2022.

119 h. : il + CD ROM. - - (Trabajos de Grado UB, Maestría en Derecho Procesal y Probatorio ; n.º.)

Trabajo de Grado (Magíster en Derecho Procesal y Probatorio). - - Universidad de Boyacá, 2022.

La investigación presenta la identificación de la naturaleza jurídica de los regímenes pensionales aplicables a los miembros de las fuerzas militares desde 1991; así mismo, se examinan los criterios de aplicación de los regímenes desde la jurisprudencia y la ley para la pensión de sobrevivientes a los miembros de las FF.MM. y se determina la aplicación de los regímenes para la pensión sobreviviente a miembros de las FF.MM.

Se analiza las tendencias del derecho procesal y probatorio en el trámite de la pensión de sobrevivientes de los miembros de las Fuerzas Militares a partir de la constitución de 1991

La investigación es de tipo cualitativo utilizando un método Deductivo a Inductivo mediante la técnica de recolección y análisis documental.

El derecho a la pensión es un derecho de stirpe fundamental, por consiguiente, el principio protector al trabajador permite al poder ejecutivo y judicial romper las barreras legislativas, bien sea por requisitos excesivos o ausencia de regulación, para garantizar pilares constitucionales como el mínimo vital y la dignidad humana al grupo familiar que indirectamente pierde el ingreso económico que ofrecía el miembro de las fuerzas militares fallecido en servicio activo. La favorabilidad y especialidad normativa son los pilares jurídicos que el Consejo de Estado está usando para flexibilizar y armonizar el derecho pensional con los paradigmas constitucionales.

Palabras clave: Pensión de sobrevivientes, militares, beneficiarios, principios constitucionales.

Abstract

Amézquita Perdomo, Didier Esnéider

Trends in procedural and evidentiary law in the processing of the survivors' pension of members of the Armed Forces from the 1991 Constitution / Didier Esnéider Amézquita Perdomo. - - Tunja : University of Boyacá, Faculty of Legal and Social Sciences, 2022.

119 p. : ill. + 1 CD ROM. - - (UB Degree Projects, Master's Degree in Procedural and Evidence Law ; no.)

Degree work (Master in Procedural and Evidence Law). - - University of Boyaca, 2022.

The research presents the identification of the legal nature of the pension regimes applicable to members of the military forces since 1991; Likewise, the application criteria of the regimes are examined from the jurisprudence and the law for the survivors' pension to the members of the Armed Forces. and the application of the schemes for the surviving pension to members of the Armed Forces is determined.

The tendencies of the procedural and evidentiary law in the processing of the survivors' pension of the members of the Armed Forces from the constitution of 1991 are analyzed.

The research is of a qualitative type using a Deductive to Inductive method through the technique of collection and documentary analysis.

The right to a pension is a fundamental right, therefore, the protective principle for the worker allows the executive and judicial power to break legislative barriers, either due to excessive requirements or lack of regulation, to guarantee constitutional pillars such as the minimum vital and human dignity to the family group that indirectly loses the economic income offered by the member of the military forces who died in active service. The favorability and normative specialty are the legal pillars that the Council of State is using to make the pension law more flexible and harmonize with the constitutional paradigms.

Keywords: Survivor pension, military, beneficiaries, constitutional principles.

Introducción

Las Fuerzas Militares están instituidas para mantener el orden público y la soberanía nacional. Las circunstancias sociales y políticas del país han provocado un conflicto interno por décadas provocando pérdidas humanas y daños patrimoniales incalculables; por ende, la prestación del servicio militar es catalogada como una actividad de altísimo riesgo, no solo por la manipulación y uso de las armas de fuego, sino porque portar el uniforme pixelado se convirtió en un objetivo militar por parte de los grupos ilegales alzados en armas.

En consideración a la exposición latente de perder la vida estando en servicio activo, el legislador ha previsto en el ordenamiento jurídico reglas especiales que atiendan las contingencias que se derivan de la guerra. De este modo, se ha destinado diferentes regímenes de carrera militar con marcadas diferencias prestacionales entre ellas mismas, que varían dependiendo el grado del causante, la calificación administrativa, y la norma aplicable al caso.

En ese sentido, el cambio constitucional y la vigencia de las leyes en el derecho pensional por sobrevivencia para los miembros de las fuerzas militares, presenta una multitud de normas y requisitos que resultan aplicables a los beneficiarios del uniformado caído. Sumado, la interpretación jurisprudencial sobre este derecho con relación a los principios de favorabilidad y especialidad permiten la movilidad entre la pensión para oficiales y suboficiales con sus pares los soldados voluntarios y conscriptos. Así mismo, la Ley 100 de 1993 sirve de apoyo para confrontar las circunstancias fácticas con el derecho prestacional.

Por ello, lo que se intenta en estas líneas es presentar el marco legal prestacional castrense vigente desde 1991, pasando por la organización estructural del factor humano en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea Colombiana, para conocer los grados y jerarquía militar existente en las fuerzas; de igual forma, se resaltara la importancia del informe administrativo por muerte emanado por el comandante de cada unidad militar en el que se registra las circunstancias modales del deceso y su calificación administrativa.

Así por ejemplo, los soldados voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985 y los que prestan el servicio militar (Ley 48 de 1993) no cuentan con registro jurídico que les permita acceder a una prestación vitalicia a sus beneficiarios; por su parte los militares con grado y mando sobre la tropa reconoce en el Decreto 095 de 1989 y el Decreto 1211 de 1990 pensión de sobrevivientes por muerte en combate, y en los demás casos de la calificación del

fallecimiento exige un tiempo mínimo de doce (12) a quince (15) años. Normatividad que sufrió grandes cambios con la expedición del decreto 4433 de 2004.

Seguidamente, se abordará los criterios fijados por el Consejo de Estado mediante las sentencias de unificación, escudriñando sus efectos e incidencia en nuestro sistema de fuentes como precedente vinculante. Por lo tanto, se analizarán los argumentos fácticos, jurídicos e interpretativos en cada caso unificado, para identificar los asuntos que deben resolverse de la misma manera como lo hizo la alta Corte.

Identificada las normas jurídicas y las reglas jurisprudenciales, en el capítulo tercero se concreta en profundizar sobre aspectos relevantes en el surgimiento de la pensión como las condiciones exigidas para pertenecer al orden de beneficiarios del grupo familiar de un militar fallecido, la dependencia económica del beneficiario sobre los ingresos del causante, las exigencias demostrativas y su trámite administrativo ante la autoridad pública encargada de definir el derecho.

En este apartado se aborda los mecanismos de protección con los que cuenta el usuario afectado con una decisión administrativa desfavorable. En tal sentido, se presenta la acción de tutela como alternativa para proteger sus derechos fundamentales de la dignidad humana y mínimo vital; en caso de renuencia administrativa de atender reglas unificadas se analiza la extensión de jurisprudencia y su procedimiento; finalmente llegamos a la conciliación y al medio de control destinados para acusar la legalidad de los actos administrativos particulares.

Otros aspectos que se plantean en este escrito, son las figuras prescriptivas del derecho sustancial y del procedimiento. Fenómenos que están vedados para el derecho pensional por estar en categoría fundamental del ser humano (irrenunciable, inalienables, e inembargable).

Luego de los anteriores considerandos, el trabajo concluye con la importancia de proponer en forma adecuada y acertada los argumentos jurídicos que promueven los supuestos fácticos, debidamente afianzados con medios de pruebas, que permitan al funcionario público reconocer el derecho pensional.

Sobre este aspecto particular, se propone los principios protectorio o protector y favorabilidad en materia laboral y pensional como el desarrollo jurídico que sobresale en las decisiones constitucionales y contenciosas administrativa en su jurisprudencia pacífica, reiterada y permanente.

En resumen, el examen de este trabajo sigue una perspectiva deductiva, que empieza con el estudio del ordenamiento jurídico pensional especial, sus exigencias legales y los vacíos normativos. A continuación, se expone los pronunciamientos unificados y sus criterios interpretativos con el objetivo de plantear las tendencias argumentativas y probatorias que guían los mecanismos de protección con los que cuentan los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia cuando su causante es un militar.

1. Régimen Normativo en la Pensión por Sobrevivencia en las Fuerzas Militares

Son varios los factores que inciden en el reconocimiento del derecho sustancial pensional cuando el causante es un miembro de las fuerzas militares. El rango o grado del uniformado determina la especialidad normativa, el hecho factico del suceso nos ubica primeramente en la temporalidad de la norma que resulta aplicable al caso en concreto, y seguidamente la calificación administrativa de las circunstancias modales en que ocurre el deceso permite determinar los requisitos legales que emerge el derecho pensional.

Para empezar, se estudiará la organización militar y su componente humano, para luego adentrarnos en cada actuación administrativa determinante en el derecho pensional. Finalmente, profundizaremos en cada marco normativo vigente desde el año 1991 como punto de referencia constitucional desde la perspectiva del sistema político del Estado social de derecho.

1.1. Jerarquía y Grados Militares

Nuestra Constitución introdujo como fuerza pública a las fuerzas militares y a la policía nacional. El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombia son las fuerzas militares que cuenta nuestra nación para garantizar la defensa nacional, proteger la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (Const., 1991, art. 217).

La máxima autoridad o comandante supremo de las fuerzas militares y de policía recae sobre el Presidente de la República. La función pública de la seguridad nacional como política de orden nacional esta delegada por el primer mandatario en su ministro de defensa; le sigue en la línea de mando el Comandante General de las Fuerzas Militares de Colombia. Desciende la jerarquía en los comandantes de cada fuerza.

Las fuerzas militares de Colombia se componen, en sus recursos humanos, en categorías de oficiales, suboficiales, los soldados y los conscriptos. Los primeros son los encargados de ejercer el mando, apoyo y conducción en las operaciones militares terrestres, navales y aéreas; por su parte, los suboficiales son los uniformados que tienen formación para actuar con los oficiales en el mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo en las operaciones militares.

Los grados y jerarquía se encuentran dados en el Decreto 1790 de 2000¹ para cada fuerza de la siguiente manera: para el Ejército y la Fuerza Aérea está el más alto grado de oficiales de insignia cuya cúspide es el General de la República identificado con cuatro (04) soles, le sigue el Mayor General con tres (03) soles y termina con el Brigadier General con solo dos (02) soles. Los oficiales Superiores lo conforman los grados de Coronel, Teniente Coronel y Mayor. Y los oficiales subalternos son el Capitán, Teniente y Subteniente.

Los suboficiales del Ejército cuentan con Sargentos y Cabos. El escalafón de menor grado es el cabo tercero, y en sus ascensos pasan a cabo segundo y luego a cabo primero. Superado los tiempos de servicios y otros requisitos el cabo primero pasa a la categoría de Sargento: empieza de nuevo, de Segundo a Viceprimero, luego de Primero a Sargento Mayor, y sus más altos grados son el Sargento Mayor de Comando terminando con lo máximo que puede aspirar un suboficial: el Sargento Mayor de Comando Conjunto.

Para el caso de la Fuerza aérea los nombres de los grados en el nivel suboficial se modifican, sin embargo, los grados se equiparán con los del Ejército. Por ejemplo: Los Cabos son el de Aerotécnico, Técnico Cuarto y Técnico Tercero; por su parte el sargento segundo es equivalente al Técnico Segundo, el Viceprimero al Técnico Primero, El Sargento Mayor a Técnico Subjefe, el Técnico Jefe y Técnico Jefe de Comando cierran la cúspide de suboficiales de la fuerza Aérea.

En la Armada Nacional sucede igual, los oficiales y suboficiales cuentan con otra denominación, pero guardan relación con el nivel jerárquico que tienen las otras fuerzas. Los Oficiales de Insignia o Generalato son el Almirante, Vicealmirante y Contraalmirante; los Oficiales Superiores tienen al Capitán de Navío, Capitán de Fragata y Capitán de Corbeta; los Oficiales Subalternos se conforman por los Tenientes de Navío, Fragata y Corbeta. En cambio, los suboficiales de mayor a menor grado tenemos: a) Suboficial Jefe Técnico de Comando Conjunto, b) Suboficial Jefe Técnico de Comando, c) Suboficial Jefe Técnico, d) Suboficial Jefe, e) Suboficial Primero, f) Suboficial Segundo, g) Suboficial Tercero, h) Marinero Primero, y i) Marinero Segundo.

¹ Clasificación de oficiales y suboficiales que se asimila con la estructura militar de mando ofrecida en el Decreto 1211 de 1990.

Ahora bien, en la base piramidal de nuestro poder militar encontramos a los soldados de primera línea o de combate. En el Ejército Nacional existe, hoy en día, una sola denominación: soldados profesionales creados bajo el Decreto 1793 de 2000, grado que se conocía anteriormente como soldados voluntarios regulados por la ley 131 de 1985. Esta categoría de soldados en la Armada son los que conocemos como Infantes de Marina Profesionales. La Fuerza Aérea no cuenta con militares de primera línea.

Termina el sistema jerarquizado de las fuerzas militares los soldados en conscripción. La ley 43 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización” establecía tres modalidades de prestación del servicio militar: el soldado campesino, el regular, y el bachiller. Clasificación que fue recogida por la ley 1861 de 2017 como soldados de la fuerza donde presten el servicio, es decir, quedo una sola modalidad de prestar el servicio militar.

Las demás personas que prestan sus servicios al sector defensa, diferentes a los grados y rangos anteriormente enunciados corresponden a civiles que se rigen por las reglas generales de una relación legal y reglamentaria (funcionario público), contrato laboral (trabajador oficial) o por prestación de servicios (contratista). El personal civil no es destinatario o beneficiario de los regímenes especiales que regulan la carrera militar.

1.2. La calificación de la Muerte en Servicio

Corresponde a los Comandantes de las Unidades administrativas, Tácticas u operativas calificar las novedades relacionadas con la integridad de los funcionarios militares que, estando en servicio activo sufren un menoscabo en su integridad personal que generan lesiones o inclusive la propia muerte.

Tratándose del fallecimiento su causa puede provenir en actos propios de la guerra, en cumplimiento de deberes administrativos o por motivos que no encajan en la función castrense. Los requisitos formales del acto administrativo son: es de carácter unilateral, es decir que proviene exclusivamente de la Entidad, debe ser escrito o reposar en un documento con la firma del funcionario que lo expide, y finalmente, se debe calificar la causa de la muerte.

Los artículos 189, 190 y 191 del Decreto Ley 1211 de 1990 establecen para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, tres causas del deceso: muerte en combate, en misión

del servicio o simplemente en actividad. En cada supuesto factico se ofrecen prestaciones diferenciadas.

En similares términos los uniformados no escalafonados, se puede calificar como muerte derivada de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público. La segunda causa es en misión del servicio, y la tercera es cuando el deceso no encaja en ninguna de las anteriores causales, es decir, en simple actividad (Decreto 2728, 1968, art. 8°).

La calificación de la muerte es objetiva. Indica que el funcionario encargado analiza las circunstancias modales en que ocurre el deceso, dicho conocimiento del suceso normalmente proviene de un informe ejecutivo que presenta el comandante inmediato del funcionario que ha perdido la vida.

1.3. Naturaleza Jurídica del Informe Administrativo por Muerte

En primer término, debemos exaltar que el informe por muerte es un acto unilateral expedido por el comandante de la unidad donde el causante prestaba sus servicios. En él se describe en forma breve las circunstancias modales que rodearon la muerte del uniformado, del mismo modo se debe emitir un juicio objetivo que implica calificarla según las modalidades establecidas en la norma.

Inicialmente en el seno de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado (Concepto, 2004) se estableció que el informe administrativo por muerte “es un acto administrativo preparatorio, en la medida en que no pone fin a la actuación, pero dado que define una calificación de la modalidad de la muerte, aporta información que debe ser tenida en cuenta al momento de expedir el acto definitivo, la resolución de reconocimiento a los deudos de las prestaciones correspondientes”.

El criterio preparatorio que se le impartió a la actuación administrativa impedía enjuiciarla ante las autoridades judiciales conforme a lo dispuesto por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984); de manera que por sustracción de materia, tampoco es susceptible de revocatoria directa ni de anularse por la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto el C.P.A.C.A establece la improcedencia de recursos contra los actos

de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa” (Ley 1437, 2011, art. 75).

Postura que fue radicalmente modificada por el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B al calificar la decisión administrativa como acto definitivo en el entendido que, cuando se pone fin a una actuación estatal se decide de fondo el asunto e impide continuación (Sentencia, 2010). Sobre el particular se dijo:

Todo lo anterior permite concluir que en este caso específico, el acto que califica la muerte del Agente de la Policía constituye un acto definitivo porque el mismo impide a los beneficiarios del causante continuar la actuación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión que reclaman, máxime si se tiene en cuenta que la petición presentada en ese sentido fue absuelta por la Entidad remitiéndose a lo decidido en el Oficio demandado.

Atendiendo la jurisprudencia en cita, queda claro que si la calificación de la muerte afecta derechos prestacionales, su oposición puede ser objeto de control en sede administrativo (recursos) y judicial (medios de control), por cuanto define una situación jurídica que crea, modifica o extingue derechos.

Recordemos la noción del acto administrativo definitivo registrado en Sentencia 2014-00109 de 2020 del Consejo de Estado:

El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. La teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional; en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad, hay tres tipos de actos a saber: i) Los actos preparatorios, accesorios o de trámite: Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración; ii) Los actos definitivos: De conformidad con el Artículo 43 del CPACA «Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan

imposible continuar con la actuación». Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su contenido; iii) Los actos administrativos de ejecución, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa. Esta corporación ha establecido en reiteradas oportunidades que, por regla general, son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados (Consejo de Estado, Sentencia 2014-00109, 2020).

La cita *in extenso*² nos ayuda a identificar la naturaleza del acto administrativo, bien sea de carácter preparatorio si con dicha disposición le sigue una actuación definitiva, como por ejemplo el reconocimiento de indemnización por muerte; o en su defecto, es una decisión que da por terminada la actuación castrense al impedir el surgimiento de un derecho, como el caso de la prestación pensional cuando la causa proviene de actos meritorios del servicio como el combate.

1.4. Prestaciones Sociales Derivadas por Muerte

En términos generales las prestaciones que se causan por el fallecimiento de un uniformado se dividen en dos factores: la indemnización y al pago doble de las cesantías. Adicional, se reconoce un ascenso póstumo al grado inmediatamente superior cuando su causa proviene de actos meritorios del servicio castrense.

Póstumo en el Diccionario de la Real Academia (RAE) se define como “3. adj. Dicho de un acto, especialmente de un homenaje: Que se realiza después de la muerte de la persona a quien va dirigido.” (Real Academia Española; definición Palabra Póstumo). Para el ascenso militar posterior se establece que cumpla con la cesación de la existencia humana o el fallecimiento, y la calificación en combate o por acción directa del enemigo o en actos de restablecimiento público.

² loc. adv. por extenso. Tomada de <https://dle.rae.es/in%20extenso>

En cuanto al derecho pensional por sobrevivencia, se abordará más adelante teniendo en cuenta que la legislación especial exige requisitos que varía según la causa del fallecimiento, la temporalidad, la antigüedad, la calidad de beneficiarios y por supuesto, el grado del causante en la jerarquía militar.

1.4.1. Prestaciones por muerte en combate

Aunque suene un poco fuerte el fin la guerra es vencer al oponente causando el mayor daño posible; su mejor estrategia es eliminar o expulsar del conflicto al factor humano, sin soldados o combatientes no hay confrontación. Indica lo anterior que las personas que integran nuestras fuerzas militares constituyen la piedra angular en el cumplimiento de misión constitucional: sin los uniformados no hay ejércitos y sin ejércitos no hay poder de fuerza para proteger o garantizar un bien común.

Con fundamento al arte de la guerra, se ha establecido para los militares unas prestaciones especiales cuando por razones operacionales sufren un detrimento en su integridad o por sobrevenirle la muerte en cumplimiento del su deber. Esa ofrenda de la vida por la patria es compensada de la siguiente manera:

Para oficiales y suboficiales. Para oficiales y suboficiales caídos en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público (Decreto 1211, 1990, art. 189), establece en primer término el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior al que ostentaba el causante al momento de su muerte.

La decisión de ascenso no tiene otra finalidad que la de mejorar las prestaciones sociales que con la muerte se originan, dado que en más alto grado militar mayor la asignación básica mensual. Este ascenso exprés es el único autorizado por la ley colombiana que de manera excepcional anula los requisitos (Decreto Ley 1790, 2000, art. 53-54), que permiten subir en el escalafón militar.

Como es una imposición legal, le corresponde al comandante de cada fuerza emitir resolución de ascenso póstumo para que, prestaciones sociales proceda a elaborar el expediente

administrativo que definirán los derechos económicos que nacen, contradictoriamente, con la muerte del uniformado.

La resolución prestacional debe reconocer a favor de los beneficiarios la indemnización por muerte que equivale a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al nuevo grado conferido pos mortem, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990. En la misma resolución, la dirección de prestaciones sociales reconocerá el pago doble de las cesantías de conformidad al tiempo de servicios prestados en calidad de militar.

Surtido este trámite administrativo, de ascenso póstumo y pago de indemnización y cesantías, la Fuerza involucrada con la baja de un integrante militar debe remitir al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional las diligencias para que en su seno analice la procedencia del reconocimiento de la pensión por sobrevivencia.

Para soldados voluntarios y conscriptos. En similares condiciones legales, los soldados voluntarios y jóvenes en conscripción se les reconoce el ascenso de forma póstuma al primer nivel de suboficiales, cuando por actos del enemigo o en restablecimiento del orden público se produce su muerte. Este tránsito a otro régimen obedece a que los soldados de primera línea no son escalafonados y por lo tanto todos mantienen esta única condición entre todos sus pares.

Consecuentemente, el marco normativo para prestaciones derivadas por muerte del soldado o grumete en combate lo regula el artículo 8 de la ley 2728 de 1968 que establece el ascenso 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” (Decreto 2728, 1968).

Este último reconocimiento relativa a las cesantías, no proceden para los soldados en conscripción teniendo en cuenta que la ley 48 de 1993 ni su reciente modificación (Ley 1861, 2017), establecieron derechos prestacionales dado su vínculo constitucional que no generan este derecho exclusivo de una relación laboral.

1.4.2. Prestaciones Sociales por Muerte en Misión del Servicio

Para esta calificación, muerte en misión del servicio, establece como indemnización prestacional para los uniformados escalafonados el pago de tres (03) años de haberes

correspondiente al cargo que ostentaba el militar fallecido. Así mismo, se reconocerá las cesantías de conformidad al tiempo de servicios (Decreto 1211, 1990, art. 191).

Como puede verse las prestaciones no son tan favorables en comparación con la muerte en combate, puesto que disminuye de cuatro a tres años la indemnización y se normaliza el pago las cesantías cuando el suceso ocurre en misión del servicio.

Esta diferenciación radica en que el legislador otorgó a los uniformados que ofrenda su vida para garantizar el orden constitucional y legal, mayores beneficios prestacionales a favor de sus beneficiarios, entre ellos el reconocimiento estatal por la gallardía de defender la patria.

Ahora bien, a los militares no escalafonados les procede una vez causada la muerte por accidente en misión del servicio, al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero (Decreto 2728, 1968), como medida indemnizatoria.

En lo relativo a lo que conocemos por cesantías existen dos normas que la regulan: para soldados voluntarios se reconoce el “derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.” (Ley 131, 1985, art. 6°); y para quienes ostente la calidad de soldados profesionales “tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente” (Decreto 1794, 2000, art. 9°).

El Soldado Profesional en principio se denominó “Soldado Voluntario”; fue creado por la Ley 131 de 1985, como respuesta a la necesidad de formar Soldados que ingresaran de manera voluntaria a las Fuerzas Militares, para que contrarrestaran la acción de los grupos armados ilegales y cooperaran en la preservación de la seguridad y la defensa nacional. A través del Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 se estableció el “Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, y en el Capítulo 3° se regula lo relacionado con los salarios, las prestaciones, parte de dichas disposiciones fueron derogadas por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004.

Los factores salariales y prestacionales entre los soldados voluntarios y los soldados profesionales los resumimos en la siguiente Tabla:

Tabla 1. Factores salariales y prestacionales entre los soldados voluntarios y los soldados profesionales

Tipo de prestación	Soldados profesionales D.1793/00 y d.1794/00	Soldados voluntarios Ley 131/85 y reglamentario
Salario	1.4 SMLMV	NO
Bonificación	NO	1.6 SMLMV
Cesantías	SI (salario + Antigüedad)	No (solo una bonificación + c/año)
Prima de antigüedad	SI (Hasta 58.5 sobre salario máximo)	SI (Hasta 58.5% máximo, sobre bonificación)
Prima de servicios	SI (50% salario + Prima Antigüedad)	No
Prima de vacaciones	SI (50% sobre salario)	NO
Prima de navidad	SI (50% salario + Prima Antigüedad)	No. Pero Recibían una suma de dinero en el mes de diciembre, equivalente a la bonificación mensual.
Vacaciones	SI, 30 días	NO
Vivienda militar	SI (D.2192/04)	NO
Subsidio familiar	SI (4% Sobre salario + Prima de Antigüedad)	NO
03 meses de alta	SI	NO

Fuente: Sentencia Tribunal Administrativo del Casanare 8500133370220150010201

Finalmente, encontramos a los conscriptos o militares que prestan el servicio militar obligatorio (Constitución Política, 1991, art. 216) a quienes se les reconoce unicamente la indemnización por muerte equivalente a treinta y seis (36) meses del sueldo básico que corresponda a un Cabo Segundo o Marinero (Decreto 2728, 1968), sin que se derive el pago de cesantías dada a la inexistencia de vinculo laboral con la fuerza donde este asignado. Dicho de otra manera, la legislación colombiana no establece cesantías para los jovenes que prestan su servicio militar obligatorio.

1.4.3. Prestaciones Sociales por Muerte en Simple Actividad

La última calificación por muerte relacionada con el fallecimiento de militares en circunstancias diferentes a las anteriores, se prevé al pago de las cesantías anualizadas y a la compensación de dos (02) años de haberes cuando se origina el deceso por causas o circunstancias ajenas al servicio activo.

Esta regla se aplica en los niveles de oficial, suboficial, soldados voluntarios y conscriptos; los dos últimos se liquidarán con el sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. Para la categoría de soldados profesionales (Decreto Ley 1793, 2000) no se estableció la compensación por muerte y su derecho prestacional gira entorno exclusivamente sobre las cesantías anualizadas (Decreto 1794, 2000).

1.5. Marco Jurídico de la Pensión de sobrevivientes para FF.MM

En palabras de la Corte Constitucional el bien jurídico de la pensión de sobrevivencia, tiene por finalidad “suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación” (Sentencia C-111, 2006).

En concordancia con la postura del alto tribunal tenemos que nuestro sistema de seguridad social es un servicio público obligatorio y esencial que está dirigido a toda la sociedad colombiana sin discriminación con el objetivo de proteger los paradigmas constitucionales que edifican Estado Social Derecho, como lo son la vida, la dignidad humana y el mínimo vital.

Teniendo en cuenta que la dirección, coordinación y control recae sobre el Estado, corresponde a nuestro sistema jurídico regular los requisitos que permiten estructurar los derechos pensionales. En este sentido encontramos la ley 100 de 1993 que rige los sistemas en salud, pensión y riesgos laborales; así mismo, el legislador ha promulgado otros regímenes de carácter especial como es el caso que ocupa esta investigación: los miembros de las fuerzas militares.

1.5.1. Pensión de sobrevivientes para oficiales y suboficiales.

Los militares que dirigen las operaciones militares tienen su regulación en el decreto ley 1211 de 1990 vigente hasta la expedición del decreto 4433 de 2004. Esta referencia normativa en el tiempo nos contribuye para ubicar los presupuestos fácticos que define el régimen aplicable a cada caso en concreto.

1.5.1.1. Derecho Pensional en Vigencia del Decreto 1211 de 1990. Para la calificación de muerte en combate o por acción directa con el enemigo o en tareas de restablecimiento del orden público, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios contemplados en su artículo 185, de la siguiente manera:

- 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.
- a. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto (Decreto 1211, 1990, art. 189).

El redito legislativo corresponde a la ausencia del principio de fidelización al sistema o lo que se conoce en el régimen general como el mínimo de semanas cotizadas; del mismo modo, no se exige dependencia económica para los padres sobre los ingresos del causante cuando sobre ellos recae el derecho por falta de hijos, conyugue o compañera permanente.

En lo que refiere a la muerte en misión del servicio el artículo 190 *ibidem*, establece que los beneficiarios tendrán derecho a la prestación pensional siempre y cuando el uniformado tenga un tiempo de servicios equivalente a doce (12) años o más.

En similares condiciones se exige un tiempo de servicios de quince (15) años o más, para que proceda el reconocimiento pensional cuando la muerte es calificada en simple actividad (Decreto 1211, 1990, art. 190).

Resulta ostensiblemente palpable que, los requisitos pensionales diferentes a la muerte en combate, son más rígidos en comparación al sistema general dado al tiempo de servicios que

exige la norma especial que oscila entre 624 meses en caso de la muerte en misión del servicio, y de 780 meses si se califica en simple actividad.

1.5.1.2. Derecho pensional Vigente en el Decreto 4433 de 2004. Con la expedición de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004

se señala las normas, objetivos y criterios que debe 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 su cumplimiento, el presidente de la República de Colombia promulgo con el Decreto 4433 de 2004 que trata el actual régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas militares y de la Policía Nacional.

Para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se mantuvo, en términos generales los presupuestos que causan el derecho pensional. Sus modificaciones sustanciales están estipuladas en el tiempo de servicios de quince (15) años como punto de partida para superar el 50% de las partidas computables. Con un tiempo inferior se reconoce sobre dicho porcentaje, y por cada año que lo supere incrementara en un 4% y 2% sin superar el 95% de los factores que influyen en la pensión cuando proviene la muerte en combate o actos meritorios del servicio.

Ahora bien, si el deceso ocurre en misión del servicio o en simple actividad la regla de tiempo de servicios se fundamenta atendiendo lo normado para la asignación de retiro, la cual surge por lo menos con veinte (20) años y en los porcentajes indicados en su artículo 14 ibidem. De no contar con el requisito temporal se reconoce la pensión en un 50% de las partidas computables por muerte en misión del servicio o en el porcentaje del 40% si la calificación está registrada como en simple actividad.

1.5.2. Marco normativo para soldados voluntarios.

Con la Ley 131 de 1985 se estable el servicio militar voluntario que permitía a los jóvenes que prestaban el servicio militar obligatorio continuar en las fuerzas militares como soldados voluntarios con beneficios como recibir una contraprestación económica mensual

equivalente a un (01) salario mínimo mensual legal vigente aumentado en un sesenta por ciento (60%). A esta retribución dineraria se le llamo bonificación.

El vínculo estatal en el grado de soldados voluntarios dejó de existir con la creación de la carrera militar de soldados profesionales (Decreto Ley 1793, 2000). Por su parte, la nueva ley permitió que los voluntarios se acogieran al nuevo régimen con la simple manifestación al comando del Ejército Nacional, la cual se materializó en las Órdenes Administrativas de Personal No. 1241 de 20 de enero de 2001 y la No. 1175 del 20 de octubre de 2003. El cambio al nuevo régimen hizo que los soldados regidos por la ley 131 de 1985 fueron vinculados como soldados profesionales.

Así las cosas, la situación prestacional de los soldados voluntarios caídos o fallecidos con anterioridad a su mutación al nuevo régimen, son los regulados en el Decreto 2728 de 1968 que establece:

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.

La normatividad dirigida a los soldados voluntarios denota inexistencia del derecho pensional para los hombres que estando en servicio activo se vieron avocados a la contingencia de la muerte. La ausencia normativa reforzada con el principio de legalidad impide que la administración pública en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional permita reconocerles a los beneficiarios del soldado voluntario caído la pensión de sobrevivencia.

Esta regla tiene su excepción para los uniformados regidos por la ley 131 de 1985 que fallezcan en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio. (Decreto 4433, 2004, art. 32) entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 (Decreto 4433, 2004, art. 12), a quienes se les otorgará el derecho prestacional de sobrevivencia a sus beneficiarios.

1.5.3. Marco Normativo para soldados profesionales.

La ley 578 de 2000 confirió facultades al Presidente de la Republica para expedir normas especiales de carrera militar y policial de oficiales, suboficiales, soldados voluntarios, nivel ejecutivo, de evaluación laboral, de calificación psicofísica, del régimen disciplinario, y la estructura del sistema de salud en las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Con fundamento a esa delegación legislativa se expidió el régimen de carrera de soldados profesionales (Decreto Ley 1793, 2000) y su regulación salarial y prestacional (Decreto 1794, 2000), con los lineamientos dispuestos por la ley 4 de 1992

En cuanto al tema pensional se estableció que en su implementación se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993 (Decreto Ley 1793, 2000, art. 39), y consiste en que el empleador y el trabajador aportaran un porcentaje determinado sobre sus haberes. Aportes que serán administrados por el fondo que seleccione el Ministerio de Defensa Nacional.

Con la expedición del Decreto 4433 de 2004 se introdujo el sistema pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En su título II capítulo III se hace referencia al derecho pensional por sobrevivencia en los siguientes términos:

En el Artículo 19, ibidem, regula la pensión de sobreviviente por muerte de un soldado profesional en combate o como consecuencia de la acción del enemigo. Su mesada será el equivalente del 50% de las partidas computables de la pensión si el uniformado tenía menos de veinte (20) de servicios, de igualarlo o superarlo su monto será el liquidada conforme a la asignación de retiro.

En cambio, la muerte del soldado profesional en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho a pensión mensual de sobrevivencia que se liquidará en la misma forma de la

asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo del servicio del causante, en todo caso, si al momento de la muerte, no hubiere cumplido el tiempo mínimo requerido para asignación de retiro, la pensión será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables (Decreto 4433, 2004, art. 20).

Sin embargo, si se califica la muerte en simple actividad y sin obtener el tiempo mínimo de servicios de la asignación de retiro establecido en veinte (20) años, la mesada pensional se liquidará con el 40% de las partidas computables. Para esta causal el legislador impuso que procede la pensión cuando el soldado cuente con un (1) año o más de haber sido dado de alta o desde que ostenta el grado de profesional.

En este orden de ideas, dicho articulado señala que los uniformados cuentan con derecho pensional de sobrevivencia cuyo monto empieza con el 50% de las partidas computables si cuando ocurre su muerte tiene menos de veinte (20) años de servicios. Prerrogativa que se extiende a la muerte en combate, en servicio y por razón del mismo, y en simple actividad; esta última causa se exige contra con un tiempo mínimo de un (01) año contados desde la obtención del grado de militar, es decir, desde que la administración lo nombra y posesiona como soldado o infante de marina profesional.

La vigencia normativa del Decreto 4433 de 2004 en pensión de sobrevivencia de soldados profesionales tiene un efecto retroactivo teniendo en cuenta su artículo 22 el cual estableció que su regulación es aplicable desde la vigencia del Decreto Ley 1793 del 14 de septiembre de 2000. Del mismo modo, incluyo a los soldados voluntarios regulados en la Ley 131 de 1985 que fallecieron entre el 07 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003.

1.5.4. Marco Normativo para soldados en conscripción.

El hombre joven que presta su servicio militar ingresa a las fuerzas militares en cumplimiento del deber establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual impone sobre los colombianos que llegan a la mayoría de edad establecida en 18 años (Ley 1861 de 2017, art. 4) Sus servicios estarán destinado para la Defensa de la Soberanía, la Independencia, la integridad del Territorio Nacional y el Orden Constitucional (Constitución Política, 1991). Por su parte, en el caso de las mujeres jóvenes, la ley de reclutamiento (Ley

1861, 2017) flexibiliza su incorporación bajo la concepción de voluntariedad y necesidades del servicio.

En resumen, el servicio militar es una obligación constitucional (art. 216) que surge como contraprestación de los derechos que se reconocen a las personas y que se hace necesario para la eficaz garantía de los mismos. A este respecto, la Corte Constitucional ha destacado que son “aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el contrato social rousseauiano.” (Consejo de Estado, Sentencia 15838, 18075, 25212 acumulados, 2011).

Entonces, resulta importante recalcar que existe una marcada diferenciación entre los soldados conscriptos con los demás militares escalafonados y no escalafonados, por cuanto los primeros tienen un vínculo constitucional que no genera derechos salariales y prestacionales a diferencia los uniformados que ingresan de forma voluntario a formar parte de las carreras castrenses existentes para nuestras fuerzas militares.

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha sostenido que dentro de las fuerzas militares existen rangos, jerarquías y diferencias por la situación jurídica de la vinculación, que de una forma u otra influyen en el manejo que se le da a cada grupo de integrantes (Consejo de Estado, Sentencia caso 15057, 2004).

A quienes ingresan voluntariamente optan, según su libre y propia decisión, sin que ello tenga una carga de obligatoriedad, por lo que, superado los exámenes de ingreso y carrera, entran a gozar de las prebendas laborales característicos de un servidor público. En cambio, los jóvenes que ingresan sin manifestar su consentimiento o por imposición constitucional no cuentan los derechos que naturalmente recaen sobre un vínculo legal y reglamentario.

A modo de conclusión, la diferencia entre soldado conscripto y sus pares los soldados en carrera administrativas (oficiales, suboficiales, y soldados profesionales) están definidos claramente en el consentimiento y voluntariedad, disposiciones subjetivas que son desvanecidos en la prestación del servicio de manera obligatoria y en cumplimiento del mandato constitucional (Const., 1991).

En desarrollo del artículo 216 constitucional, el legislador expidió el 4 de marzo de 1993 la ley 48. En su contenido se reglamentó el servicio de militar obligatorio, sus modalidades,

duración, procedimientos, exenciones, movilización, autoridades, y en general todo lo relacionado con el reclutamiento militar.

Como beneficios o estímulos fijó acceso al sistema de salud militar, alojamiento, alimentación, vestuario, educación, bienestar y el pago de una bonificación mensual. Asimismo, impuso para todas las entidades del Estado de cualquier orden, que 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 (Ley 48, 1993, art. 40). En lo referente a derechos prestacionales por causa de muerte del joven en conscripción, el legislador primigenio no previó reconocimiento de pensión por sobrevivencia.

A partir del 21 de julio de 1998, Con la ley 447, el congreso creó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los padres consanguíneos o adoptivos mayores de 50 años (parágrafo 1° del artículo 5), pero solo procede cuando su causa es en 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 (Ley 447, 1998, art. 1°). Lo anterior aplica cuando por vía jurisdiccional de especialidad civil se declare la muerte por desaparecimiento del uniformado en conscripción (Ley 447, 1998, art. 2°).

Concepción normativa que se replica con la expedición del decreto 4433 de 2004 el cual establece en su artículo 32 el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los ascendientes de primer grado por consanguinidad o civil en cuantía de un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, en la reciente modificación legislativa (Ley 1861, 2017) no se hizo pronunciamiento diferente a lo que regulaba la derogada ley 48 de 1993 relacionado con el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía y para pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez y asignación de retiro, la cual se extiende para los fondos públicos y privados del sistema general en seguridad social en pensiones (art. 45 literal a).

3.6. Tablas de Recopilación Normativa Vigente Desde 1991

Tabla 2. *Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares de Colombia*

Oficiales y suboficiales	Decreto 1211 de 1990 Vigente desde: 08/06/1990 y hasta el: 10/02/2003	Decreto 4433 de 2004 Vigente desde el 31/12/2004 hasta la fecha actual
Muerte en combate	<p>Artículo 189.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ascenso póstumo • Pago Doble de las cesantías • Indemnización de 48 meses de haberes. • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 12 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres sean beneficiarios NO se les exige dependencia económica. (art. 185) 	<p>Artículo 19.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ascenso póstumo • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 12 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en servicio	<p>Artículo 190.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago Doble de las cesantías • Indemnización de 36 meses de haberes. • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Requisito mínimo de servicios de 12 años. ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios NO se les exige dependencia económica. (art. 185) 	<p>Artículo 20.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 18 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en simple actividad	<p>Artículo 191.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • Indemnización de 36 meses de haberes. 	<p>Artículo 21.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías

	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Requisito mínimo de servicios de 15 años. ✓ En caso que los padres y No hermanos sean beneficiarios se les exige dependencia económica. (art. 185) 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Un (01) año mínimo de servicios y menor a 18 años se liquida sobre el 40%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
--	--	--

Fuente: compilación autor.

Tabla 3. *Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.*

Soldados profesionales SLP	Decreto 4433 de 2004 Desde la vigencia del decreto-ley 1793 del 14 de septiembre de 2000 hasta la fecha actual
Muerte en combate	<p>Artículo 19.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 12 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en servicio	<p>Artículo 20.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 18 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en simple actividad	<p>Artículo 21.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Un (01) año mínimo de servicios y menor a 18 años se liquida sobre el 40% ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)

Fuente: compilación autor.

Tabla 4. *Recopilación normativa en pensión de sobrevivientes para Soldados Voluntarios y Grumetes*

Soldados voluntarios SLV	Decreto 2728 de 1968 Vigente desde: 02/11/1968 y hasta el: 06/08/2002	Decreto 4433 de 2004 Vigente desde el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 (art. 22)
Muerte en combate	Artículo 8. <ul style="list-style-type: none"> • Ascenso póstumo a Cabo Segundo o Marinero. • Pago Doble de las cesantías • Indemnización de 48 meses de haberes. • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes - sin regulación normativa 	Artículo 19. <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 12 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en servicio	Artículo 8. <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías o bonificaciones anuales. • Indemnización de 36 meses de haberes. • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes - sin regulación normativa 	Artículo 20. <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios (menos de 18 años se liquida sobre el 50%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
Muerte en simple actividad	Artículo 8. <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías • Indemnización de 24 meses de haberes. 	Artículo 21. <ul style="list-style-type: none"> • Pago de las cesantías

	<ul style="list-style-type: none"> • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes - sin regulación normativa 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> a beneficiarios <ul style="list-style-type: none"> ✓ Un (01) año mínimo de servicios y menor a 18 años se liquida sobre el 40%) ✓ En caso que los padres y hermanos sean beneficiarios se exige dependencia económica (art. 11)
--	--	--

Fuente: compilación autor.

Tabla 5. *Recopilación Normativa en Pensión de Sobrevivientes para Soldados Voluntarios y Grumetes*

Soldados en conscripción SLR – SLC -SLB	Decreto 2728 de 1968 Vigente desde: 02/11/1968 y hasta la fecha actual	Ley 447 de 1998 Vigente desde el 21 de julio de 1998 hasta la fecha actual	Decreto 4433 de 2004 Vigente desde el 31 de diciembre de 2004 hasta la fecha actual
Muerte en combate	<p>Artículo 8.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ascenso póstumo a Cabo Segundo o Marinero. • Indemnización de 48 meses de haberes. • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes- sin regulación normativa 	<p>Artículo 1.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> por muerte en combate, o por declaratoria judicial de muerte por desaparecimiento. ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios ✓ Cuantía de la mesada de 1.1/2 SMMLV ✓ Beneficiarios solo los padres 	<p>Artículo 34.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Reconocimiento pensión de sobrevivientes</u> por muerte en combate, o por declaratoria judicial de muerte por desaparecimiento. ✓ Sin requisito de tiempo mínimo de servicios ✓ Cuantía de la mesada de 1.1/2 SMMLV ✓ Beneficiarios solo los padres consanguíneos o adoptivos mayores de 50 años

		consanguíneos o adoptivos mayores de 50 años	
Muerte en servicio	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 8 Indemnización de 36 meses de haberes. • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes – sin regulación normativa 	<p>Sin regulación normativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes 	<p>Sin regulación normativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes.
Muerte en simple actividad	<p>Artículo 8.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Indemnización de 24 meses de haberes. • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes - sin regulación normativa 	<p>Sin regulación normativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes 	<p>Sin regulación normativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • No procede Reconocimiento pensión de sobrevivientes.

Fuente: compilación autor.

2. Criterios de Aplicación de los Regímenes Desde la Jurisprudencia Para la Pensión de Sobrevivientes a los Miembros de las FF.MM

La evolución humana y los nuevos retos de la sociedad hacen que los sistemas jurídicos sean insuficientes para regular todos los aspectos sociales que afectan, modifican o extinguen ciertos derechos personales y materiales.

Las nuevas tendencias del derecho y su constitucionalización han desarrollado desde la ley y la jurisprudencia reglas jurídicas que permite a la función pública y judicial aplicar principios como el de favorabilidad en materia laboral, que unido a la obligatoriedad del precedente vinculante y obligatorio contenido en decisiones unificadas de las altas cortes en la que se haya reconocido un derecho, crean nuevas condiciones interpretativas que sirve para resolver controversias con similitud de causa y objeto.

2.1. Las Sentencias de Unificación como Precedente vinculante y obligatorio

Uno de los mecanismos creados por el legislador para garantizar el principio de igualdad y seguridad jurídica son las sentencias reguladas en el código administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437, 2011), desarrollado en la siguiente forma:

- El artículo 10: deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.
- Artículo 102 extensiones de la jurisprudencia del consejo de estado.
- Artículo 256 recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

Frente a este tipo especial de sentencias de unificación, la Corte en su estudio de control de constitucionalidad C-634 DE 2011 determinó:

Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así, por ejemplo, solo dentro del

lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que, si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción.

Esa modulación entre la ley y la aplicación de principios constitucionales sirve como fuente formal de derecho para aprobar el reconocimiento de derechos subjetivos. Por ese motivo, analizamos en este capítulo las sentencias unificadas del consejo de Estado que imponen un precedente jurisprudencial en la pensión de los miembros de las fuerzas militares.

Este tema, el precedente, en nuestro sistema judicial es de gran importancia porque “aquella decisión anterior en que se fija una regla sirve para resolver casos futuros” (Rentería Asprilla, 2021). Por su parte, la Corte Constitucional ha determinado que los principios son de carácter general y las reglas suelen ubicarse al caso específico que en su vocación normativa pueden expresar mandatos, permisiones o prohibiciones de conducta (Sentencia C-818, 2005).

Bajo ese contexto normativo, las Sentencias de Unificación constituyen fuente de derecho para resolver los litigios que se ventilen en sede administrativa y judicial cuyas características fácticas y jurídicas se asemejen al caso analizado en la decisión de cierre con efectos de interpretación unificada.

Lo anterior no es absoluto, dado que el juzgador bajo el principio de autonomía judicial puede apartarse del precedente vinculante siempre y cuando asuma una carga argumentativa sobre su postura que en cierta medida lo autoriza apartarse del criterio unificado. Esta obligación de motivos fue analizada en la sentencia SU 406 de 2016 en el sentido de que los nuevos argumentos deben, ante todo, garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica.

2.2. Reglas Jurisprudenciales Para Soldados Voluntarios con Ascenso Póstumo

El ascenso a un grado superior está previsto exclusivamente para los uniformados que se encuentran escalafonados. Los oficiales y suboficiales tienen definido en su régimen laboral subir de grados a medida que cumple con los requisitos legales. Beneficio que no tienen los soldados de primera línea ni los conscriptos.

Sin embargo, las normas vigentes antes de la reforma laboral castrense del año 2000 ofrecía a los soldados o grumetes caídos en servicio activo 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 (Decreto 2728, 1968) un ascenso póstumo al grado de Cabo segundo en caso de ser miembro del Ejército, o de marinero en la Armada Nacional.

Esta ley, buscaba aumentar la asignación básica con la que se liquida la indemnización por muerte, las cesantías, y por supuesto, hacer el reconocimiento público por su gallardía de ofrendar su vida en procura de proteger los intereses estatales. Beneficios que no se extendió a la pensión de sobrevivencia por cuanto no se reglamenta este derecho.

Bajo ese panorama jurídico y con base al principio de legalidad, el Ministerio de Defensa Nacional se rehúsa a reconocer el derecho pensional a los beneficiarios porque el régimen especial vigente para la época de los hechos no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate.

Tensión jurídica que fue resuelta en año de 2018 por el Consejo de Estado en su interpretación unificada (Consejo de Estado SUJ-013-S2, 2018) sobre el derecho fundamental de la pensión y la ausencia legislativa en un caso cuyas premisas fácticas son las siguientes:

- a) El uniformado era miembro del Ejército Nacional en el grado de soldado voluntario.
- b) En servicio activo su fallecimiento aconteció en el año de 1998
- c) El Ejército calificó la muerte como en combate o por acción directa con el enemigo.
- d) Cuando deja de existir le sobreviven sus progenitores.
- e) La entidad en forma póstuma emite acto administrativo que lo asciende de soldado voluntario a Cabo Primero.
- f) Las prestaciones sociales le fueron reconocidas a los padres del ex uniformado.
- g) En julio del año 2012 los progenitores radican derecho de petición para que se les reconozca la pensión de sobrevivientes.

- h) La entidad en sede administrativa negó el derecho pensional porque el régimen aplicable al entonces soldado voluntario (Decreto 2728, 1968) no lo contempla como prestación legal.

En primera instancia el litigio promovido con la demanda y su contestación giro en torno a la procedencia de tomar el marco normativo de la Ley general (Ley 100 de 1993) como sustento jurídico por ser menos rigurosa en sus requisitos. El Tribunal en su decisión de fondo estimó que el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad se traducen en aplicar la norma que regule la misma materia y que sea más benévola en sus requisitos.

La entidad (Ministerio de Defensa) inconforme acude a la segunda instancia con dos quejas sobre la orden judicial de primer grado: la primera, que el régimen general de seguridad social en pensión esta exceptuado para los miembros de la fuerza pública de conformidad a su propio artículo 279 (ley 100 de 1993). Seguidamente crítica que la dependencia económica exigida en la Ley 100 a los beneficiarios de segundo nivel, los padres del causante, no se encuentra acreditada. (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

Así las cosas, la Sección Segunda del Consejo de Estado en su calidad de superior funcional del Tribunal Administrativo, avocó el conocimiento del recurso de apelación y refirió la importancia jurídica de unificar su jurisprudencia debido a la disparidad de criterios fijados entre las subsecciones. Facultad de la Sección “B” de la corporación prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con lo señalado en los artículos 13A y 14 del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999) (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

Para resolver la controversia se acudió al principio de especialidad como criterio interpretativo que se usa cuando se presenta incompatibilidad entre fuentes formales del derecho de igual jerarquía. En su contenido considerativo se expuso el sistema jurídico vigente para las Fuerzas Militares en sus diferentes niveles o jerarquía como la regulación del sistema general.

Seguidamente la Sala señala que, los principios: *protectorio*, *pro homine*, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral, se armoniza con la especialidad del sector defensa en sus categorías y carreras militares. Indica que al factor de especialidad se le debe dar prevalencia al régimen especial cuando se trata de:

- (i) brindar un trato idéntico a personas que se encuentren en idénticas circunstancias (ii) ofrecer un trato enteramente diferenciado a personas cuyas situaciones no tienen ningún

elemento en común (iii) otorgar trato paritario a quienes presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y (iv) dispensar trato diferenciado a aquellos que se encuentran en una posición en parte similar y en parte distinta, en donde las diferencias sean más relevante(Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

Sin mayores elucubraciones la decisión unificadora impone que los sujetos que tengan características y condiciones idénticas se les deben ofrecer un tratamiento igual desde el punto material y jurídico, por cuanto resulta lesivo al derecho fundamental de igualdad (Const., 1991, art. 6) al discriminarlo por asuntos meramente administrativos.

Concluye el Consejo de Estado, señalando que el soldado voluntario al ser ascendido de forma póstuma al primer nivel de suboficiales se acoge íntegramente al sistema jurídico regulado en el decreto 095 de 1989, al igual que el Decreto 1211 de 1990, los cuales establecen el derecho pensional de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Como presupuesto temporal la fijo hasta el 06 de agosto de 2002, teniendo en cuenta que el decreto 4433 de 2004 en su artículo 22 estableció el derecho pensional para los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido en combate entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 (Decreto 4433, 2004).

Asimismo, la sala recalco que en cumplimiento al principio de conglobamento o inescindibilidad de la ley se debe imponer en su integridad lo regulado en el sistema jurídico que soporta la decisión, en otras palabras, la fecha del fallecimiento determina el régimen especial aplicable, el decreto 95 de 1989 o el decreto 1211 de 1990, lo cual varía esencialmente el orden de beneficiarios y sus porcentajes (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

Otros temas tratados por el consejo de Estado fue la prescripción del derecho sobre las mesadas pensionales, la cual es cuatrienal de conformidad al artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. En cuanto al descuento de la indemnización por muerte pagada a los beneficiarios adujo que no son compatibles al estar reguladas en los regímenes de soldados voluntarios como en el de oficiales y suboficiales sin que proceda deducción alguna. (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

Finalmente, la alta Corte fijo que sus reglas de interpretación registradas en la SU tienen efectos retrospectivos. Indica esta postura que, todos los casos que se encuentre vigentes administrativa y judicialmente se deben fallar con la misma fuente del derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial. Entre tanto, los casos con sentencia

ejecutoriada gozan de cosa juzgada sin que proceda modificación alguna, en otras palabras, lo decidido con anterioridad es inmodificable (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-013-S2, 2018).

2.3. Reglas Jurisprudenciales por Muerte en Simple Actividad

La normatividad para oficiales y suboficiales exige un tiempo mínimo de servicios de quince (15) años de servicio si su fallecimiento calificado en simple actividad ocurre en vigencia del Decreto 095 de 1989 y el 1211 de 1990. A partir del año 2004 con el Decreto 4433 el requisito temporal mínimo es de un (01) año.

Por su parte, los soldados voluntarios y conscriptos no cuentan con regulación legislativa que ofrezca una pensión de sobrevivencia cuando la muerte ocurre en simple actividad. A los soldados regidos por el decreto 1793 de 2000 se fijó un tiempo mínimo de servicios contados a partir en que se dan de alta o ingresan a la entidad en calidad de soldado profesional o infante de marina profesional (Decreto 4433, 2004).

Ante la ausencia legislativa para los soldados no escalafonados y la rigurosidad en los requisitos de fidelización al sistema pensional, el Consejo de Estado ha resuelto que el principio de favorabilidad y el protectorio se constituyen en la herramienta hermenéutica para superar esas barreras y lagunas jurídicas tan restrictivas en la prestación de sobrevivencia de nuestros soldados.

En ese sentido, el abanderado Magistrado Doctor William Hernández Gómez como ponente de las sentencias de unificación CE-SUJ2-010-18 y la SUJ-016-CE-S2 de 2019, analizaron casos relativos a la calificación de simple actividad cuando un miembro de las fuerzas militares fallece estando en servicio activo y su causa es diferente a la de combate o por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, es decir, muerte en simple actividad.

En el primer caso (Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018), se promovió demanda administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión de que se reconociera pensión de sobrevivientes a la demandante por la muerte de su hijo que falleció durante su prestación del servicio militar obligatorio.

La causa pretendí está rodeada por la calidad de soldado regular, la calificación de la muerte en simple actividad, el suceso fatal ocurrido el 06 de julio de 2006, la ausencia de matrimonio o convivencia de forma permanente e ininterrumpida con pareja alguna, tampoco

tuvo hijos y vivió con sus padres. Seguidamente se agotó, para esa época, la vía gubernativa con la respectiva petición de reconocimiento del derecho y su respuesta negativa por el Ministerio de defensa bajo el argumento de legalidad dado en el Decreto 2728 de 1968 que no contempla la pensión de sobrevivencia para los jóvenes que prestan sus servicios de forma obligatoria (Ley 48, 1993).

Como sustento jurídico se pide que el derecho reclamado se juzgue bajo los preceptos de d el Decreto 1211 de 1990. La respuesta del Tribunal de distrito fue adversa al petitorio teniendo en cuenta que las leyes invocadas por el demandante están dirigidos a los soldados en conscripción (Ley 447, 1998), a los oficiales y suboficiales muertos en combate. Concluye, que el sistema normativo castrense establece pensión de sobrevivencia para los jóvenes que prestan el prestan el servicio militar obligatorio únicamente cuando se califica como en combate o acción directa del enemigo, en los demás casos como en misión del servicio y en simple actividad no cuenta con una norma que decrete expresamente tal prestación (Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

Llegado el expediente al Consejo de Estado Sección B como juez de segunda instancia, y teniendo en cuenta que en el asunto se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para sentar jurisprudencia sobre la pensión de sobrevivencia cuando su causante es un joven que presta el servicio militar y su muerte es calificada en simple actividad, se emite las reglas que constituyen fuente formal de derecho, las cuales pasamos a dilucidar.

La principal decisión se edifica sobre el derecho que recae en los beneficiarios subsistentes de los uniformados en conscripción que fallezcan en simple actividad le resulta aplicable el régimen de seguridad social en la pensión de sobrevivientes previsto en la Ley 100 de 1993. Dicha remisión al estatuto general procede porque en los regímenes especiales de los soldados regulares, no consagra dicha prestación (Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

Siguiendo la línea argumentativa de la decisión unificadora, se recalcó la importancia de la protección especial sobre el sujeto dominado en una relación laboral, el trabajador. Este principio protector busca equilibrar la balanza entre empleador y empleado.

Sobre este asunto, la Sección de la Corporación Judicial consagró la aplicación de la favorabilidad consagrado en nuestra carta política (artículo 53), que se presenta “cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución” (Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018). Principio que se

materializa cuando el funcionario judicial le da prevalencia al marco jurídico que se muestre más bondadoso al trabajador.

Acto seguido, La misma jurisprudencia impone que la norma traída a resolver el litigio debe someterse de forma integral para garantizar el principio de conglobamento o inescindibilidad de la ley. En tratándose de la pensión de sobrevivientes regulada en la ley 100 de 1993 se exige cumplir con los requisitos legales para la pensión (artículo 46), la calidad de beneficiarios y su orden (artículo 47), y su liquidación y monto (art. 48).

Acompasado con la inescindibilidad normativa introdujo como consecuencia jurídica la deducción e indexación de lo pagado por concepto de indemnización por muerte que el régimen especial tiene contemplado para los uniformados en conscripción fallecidos en simple actividad. Dineros que no sufrirán de prescripción a favor de los beneficiarios pensional por cuanto el derecho de la entidad para deducir dicha compensación nace cuando la orden judicial reconoce la prestación pensional (Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

En ese mismo sentido, se pronunció sobre la figura de la prescripción de las mesadas pensionales. Su análisis partió del sistema pensional que rige en general a los colombianos contenidos en los Decretos 3135 de 1968 (artículo 10) y 1848 de 1969 (art. 102) que fija el lapso de tiempo de tres años como termino para exigir la obligación; seguidamente, se enuncia que la reclamación del trabajador interrumpe, por solo una vez, y por igual periodo temporal el fenómeno prescriptivo (Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

Como punto final relevante en la Sentencia No. 010 de 2018 se destaca la regla de someter a los jueces administrativos a mantener una conducta activa en los análisis litigiosos pensionales, para que en sus decisiones se extienda su visualización normativa en procura de efectivizar los derechos fundamentales e irrenunciables reconocidos en nuestra carta magna y en la ley (Ley 1437, 2011, art. 103).

Este activismo judicial en temas relacionados con pensiones, se desarrolla bajo el principio conocido como *iura novit curia* que traducido significa: "el juez conoce el derecho", por lo tanto, abre paso al fallador para quebrantar un paradigma del derecho contencioso administrativo colombiano de resolver los litigios conforme a las posturas jurídicas promovidas por las partes en sus actuaciones judiciales. Dicho de otra forma, la justicia rogada no es absoluta.

Continuando con el levantamiento de las restricciones del juez administrativo en sus decisiones, claramente este precedente (Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018) hace efectiva la tutela judicial del principio *protectorio* y *pro homine*, porque se exige del funcionario judicial, inclusive de la autoridad administrativa, un estudio quirúrgico normativo en el derecho fundamental de la pensión. Regla jurisprudencial que, por ahora, se trasmite a todas las áreas del derecho público colombiano, sin que ello afecte la objetividad e imparcialidad del encargado competente de impartir justicia sobre cada caso en particular.

El segundo caso que sirvió para unificar sentencia, está motivado en el fallecimiento de un suboficial en el grado de marinero de la Armada Nacional ocurrida el 12 de enero de 1998, calificada por el comando General como muerte en simple actividad. La conyugue como única beneficiaria acudió a la administración y al poder judicial con la finalidad que se le reconozca la pensión de sobrevivencia con fundamento a los requisitos contemplados en la ley 100 de 1993, por ser más favorables que el régimen especial dado en el Decreto 1211 de 1990 (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

En este asunto, el Consejo de Estado determinó que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares fallecidos en simple actividad en vigencia de la ley 100 de 1993 hasta la expedición del Decreto 4433 del año 2004 tienen derecho que, bajo el principio de favorabilidad, se aplique de forma integral la ley general del sistema de seguridad social en pensiones (Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

Esta decisión se fundamentó esencialmente en que el artículo 191 del decreto 1211 de 1990 exige un tiempo mínimo de servicios de quince (15) años para los uniformados escalafonados que fallecen en simple actividad, la cual resulta más gravosa o restrictiva al derecho fundamental de la pensión en comparación con el requisito mínimo de veintiséis (26) semanas o seis (06) meses de cotización durante el último año antes de su fallecimiento exigido en la ley 100 de 1993 en su articulado número 46.

Al resolver el litigio relacionado con la legitimación en la causa por pasiva de la conyugue supérstite, la Corporación estimo que le asistía el derecho al quedar demostrado su vínculo a través del matrimonio con el obitado (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

El Consejo de Estado para confirmar al A-quo tuvo por acreditado que entre el suboficial y la demandante se creó un vínculo conyugal a través del matrimonio sin que durante su vivencia

procrearan hijos. Seguidamente estimó que la hoja de servicios demuestra más de 38 meses en servicio activo que supera ampliamente las veintiséis semanas o seis (06) meses de cotización requeridas por la ley general (Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

A modo ilustrativo la sentencia del alto tribunal recordó que los descendientes menores de 18 años y la conyugue o compañera permanente sobreviviente no resulta exigible la dependencia económica hacia los ingresos del causante. Asimismo, a la luz de integralidad normativa de la ley que se aplica –Ley 100/93- se decretó la prescripción trienal de las mesadas anteriores al 18 de marzo de 2011 teniendo en cuenta que el mismo día y mes, pero del año 2014 la interesada radicó la reclamación administrativa (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

Para finalizar, La Sección del Consejo de Estado le otorgo credibilidad a la inconformidad de la entidad recurrente que buscaba la deducción de la indemnización pagada por muerte del uniformado en simple actividad. De este modo fijo las siguientes reglas:

- a) Debe existir identidad de parte en el trámite indemnizatorio y en el trámite pensional.
- b) El descuento solo procede a los sujetos que se beneficien con el derecho pensional y en proporción al porcentaje recibido como compensación por muerte.
- c) La persona que recibió indemnización, pero no es beneficiario de pensión, no procede deducción alguna.
- d) La cuota parte recibida por compensación en sede administrativa debe ser indexada y deducida del retroactivo pensional.
- e) En caso de que la deducción e indexación recibida como compensación por muerte supere el retroactivo pensional la Entidad deberá buscar fórmulas de arreglo por los excedentes pendientes, sin afectarse el mínimo vital en la mesada pensional (Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

La nueva regla surge porque en criterio del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, la compensación por muerte dada en decreto 1211 de 1990 presenta incompatibilidad con la normatividad general, toda vez que esta última -ley 100 de 1993- no estipula en sus cánones legislativos esta clase de indemnización por causa de muerte del trabajador cotizante (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

En lo que refiere a la resolución de casos administrativos y judiciales activos o en curso, impuso un efecto retrospectivo de las nuevas reglas jurisprudenciales que servirán como fuente

formal de derecho para su decisión en cada caso que se asimile fáctica y jurídicamente con el asunto estudiado en líneas anteriores. Frente a los procesos con sentencia ejecutoriada le ha sobrevenido el fenómeno de cosa juzgada, motivos suficientes para negar cualquier intento de reactivar el derecho de acción con similitud de sujetos procesales, causa pretendí y objeto litigioso. (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-009-S2, 2018).

Para terminar, y con el ánimo de profundizar en las reglas dadas por jurisprudencia unificada del Consejo de Estado cuando se trata de pensiones por sobrevivencia para funcionarios uniformados del sector defensa, analizaremos las interpretaciones judiciales provenientes de otro caso con identidad en su resolución, pero destinada para los miembros de la policía nacional.

Se trata de la Sentencia SUJ-016-CE-S2 del 30 de mayo de 2019, cuyo causante era un suboficial de la Policía nacional que falleció para el año 1994 en simple actividad. La entidad negó la pensión de sobrevivientes por falta de requisitos de tiempo mínimo de quince (15) años en servicio activo exigidos en el artículo 163 del Decreto 1212 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”.

La resolución guarda similitud en sus reglas jurisprudenciales con los otros casos analizados en precedencia en los siguientes aspectos: i) hermenéutica basada en el principio de favorabilidad, ii) ley 100 de 1993 aplicable a los oficiales y suboficiales de la policía nacional con fallecimiento en simple actividad desde la vigencia de la ley general hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, iii) integridad normativa o inescindibilidad de la ley, iv) prescripción trienal, v) deducción de lo pagado por concepto de indemnización por muerte, vi) inmodificable los asuntos con resolución ejecutoriada (Consejo de Estado, Sentencia, SUJ-016-CE-S2, 2019).

Como puede verse, el Consejo de Estado refuerza su unidad jurisprudencial con la aplicación del principio de favorabilidad frente aquellos regímenes de características especiales que en sus requisitos resultan más restrictivos para el surgimiento del derecho pensional. Aspecto que sirve de argumentación jurídica para aquellos casos que aún siguen con ausencia legislativa o por variedad de interpretaciones.

2.4. Reglas Jurisprudenciales por Muerte en Misión del Servicio

La causa de la muerte que se califica como actos del servicio o por causas inherentes a la labor castrense consiste en que el uniformado se encontraba ejecutando su actividad militar, como, por ejemplo: las operaciones, el entrenamiento, la instrucción, las tareas administrativas y de docencia, la movilización, la prestación de seguridad, y en general todas aquellas funciones que le son asignadas a los militares. En el evento que en el cumplimiento a sus deberes públicos estén provocados por un oponente se debe calificar como en combate o por acción directa del enemigo.

En resumen, misión del servicio deviene de los distintos actos que despliegan o son encomendados a los soldados en todos sus niveles con el objetivo de que cumplan con la prestación de del deber constitucional y legal, por lo que deben reconocerse mínimamente los mismos derechos prestacionales de aquellos que fallecieron mientras se encontraban en actividad, por causas distintas al combate o a la misión del servicio-muerte en simple actividad.

Esta aclaración es importante porque no todos los fallecimientos en operaciones militares son adjudicados al conflicto armado, como tampoco las tareas administrativas necesariamente provienen de una tarea inherente al servicio militar. El factor determinante en la calificación la podemos reducir en la participación directa o indirecta de un tercero en provocar daño a la tropa.

Para ilustrar la diferencia entre la muerte en combate y en misión del servicio expongo un caso hipotético de muerte de un uniformado por envenenamiento en desarrollo de operaciones militares. Se debe calificar como acción directa del enemigo si los productos contaminados y consumidos fueron suministrados por un tercero. Pero si el suceso ocurrió por productos vencidos o por indebida manipulación de la propia tropa con los alimentos y suministros debemos ubicarnos en una muerte en misión del servicio.

Esas mismas calificaciones son utilizadas cuando, por ejemplo, un centinela al bajarse de su garita se cae y fallece. Si el movimiento de bajarse estuvo rodeado de un ataque del enemigo que lo obligo abandonar el lugar de vigilancia se trata de un acto provocado por un tercero, pero si en el evento que se tratara de un cambio o rotación de servicio su muerte es calificada en misión del servicio.

Siguiendo con el hilo conductor de la pensión por sobrevivientes, es menester indicar que Consejo de Estado, contrario a lo sucedido en otros eventos de reconocimiento de pensión de sobreviviente del personal de las Fuerzas Militares, no ha emitido sentencia de unificación que dirima la incertidumbre del régimen aplicable para los casos de los soldados en conscripción, voluntarios profesionales, oficiales y suboficiales que fallecen en misión del servicio.

Sin embargo, resultan equiparable los criterios unificados en tratándose de la muerte de militares en desarrollo de actividades propias o inherentes al servicio castrense. el aspecto diferencial desarrollado en la ley vigente con anterioridad al decreto 4433 de 2004 radica en el requisito de tiempo mínimo que baja de quince (15) años a doce (12) años de servicios para el caso de oficiales y suboficiales que suscita el fallecimiento en misión del servicio.

Al igual que las reglas fijadas para el fallecimiento en simple actividad, se impone a los jueces de la republica aplicar el principio de favorabilidad como medida de protección material al derecho fundamental a la pensión.

Como precedente vinculante se cuenta con el primer mandato jurisprudencial registrado en la sentencia CE-SUJ-SII-010 de fecha doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018). Que a su tenor dice:

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, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 (Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

Indudablemente esta regla jurisprudencial es de carácter general en todos los asuntos pensionales del sector público. De igual forma, el Consejo de Estado con esta interpretación pretende resolver de un modo definitivo los asuntos que presentan dificultades o inconvenientes en la resolución de los conflictos que se suscitan en estos temas fundamentales, exigiéndoles a los jueces administrativos un estudio integral normativo cuando se analizan pretensiones de índole pensional.

2.5. Recopilación de Jurisprudencia Unificada

Tabla 6. *Tabla Única*

Sentencia	680012333000-201500960501	810012333000-20140001201	050012333000-201300741-00
Unificación	CE-SUJ-09-S2 del 01 de marzo de 2018	CE-SUJ-10-S2 del 12 de abril de 2018	CE-SUJ-013-S2 04 de octubre de 2018
Grado militar	Oficial y suboficial	Soldados conscriptos	Soldados voluntarios
Calificación de la muerte	Muerte en simple actividad	Muerte en simple actividad	Muerte en combate
Sustento normativo	Decreto 1211 de 1990 (Art. 191)	Ley 65/67 y dec 2728/68 Ley 447 de 1998 Dec 4433 de 2004	Dec 2728/1968
Principios aplicables.	Principio de favorabilidad, protectorio y pro homine	Principio de favorabilidad, protectorio y pro homine	Principio de especialidad y de condición más beneficiosa.
Norma que aplicaron	Ley 100 de 1993	Ley 100 de 1993	Dec 95/1989 Dec 1211 de 1990 Desde 1989 hasta entrada el 7 agosto 2002 fecha a la cual rige el 4433 de 2004. (4433 rige 31 dic/04)
Requisito temporal de la muerte	Desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (21/07/1993), hasta la expedición del decreto 4433 de 2004 (31/12/2004)	Desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (21/07/1993), hasta la expedición del decreto 4433 de 2004 (31/12/2004)	En vigencia del Decreto 95/1989 y en vigencia del Decreto 1211 de 1990 Hasta el 7 agosto 2002 conforme artículo 22 del 4433 de 2004.
Requisito de beneficiario	Artículo 46 de la ley 100/93, orden de beneficiarios.	Artículo 46 de la ley 100/93, orden de beneficiarios.	Artículo 185 del decreto 1211/90, orden de beneficiarios.
Requisito de semanas mínimas	26 semanas de afiliación durante el último año antes de su fallecimiento	26 semanas de afiliación durante el último año antes de su fallecimiento	Sin requisitos mínimo de tiempo de servicios
Monto pensión	45% IBL más 2% por cada 50 semanas adicionales a las 500 sin que exceda el 75% del	45% IBL más 2% por cada 50 semanas adicionales a las 500 sin que exceda el 75% del	Con doce o más años de servicio igual que la liquidación de asignación de retiro; con

	IBL. Sin ser inferior al SMLMV	IBL. Sin ser inferior al SMLMV	menos de doce años el 50% de las partidas computables para asignación de retiro
Descuentos	Lo pagado por compensación por muerte indexado. Con la condición que deben ser los mismos beneficiarios.	Lo pagado por compensación por muerte indexado. Solo si son los mismos beneficiarios.	No proceden descuentos pagados por compensación por muerte.
Prescripción	3 años Decretos 3135 de 1968 (artículo 10) y 1848 de 1969 (artículo 102)	3 años Decretos 3135 de 1968 (artículo 10) y 1848 de 1969 (artículo 102)	4 años (art. 174 dec. 1211/90)
Dependencia económica	Dependencia total o parcial para padres, hermanos e hijos mayores de 18 años	Dependencia total o parcial para padres, hermanos e hijos mayores de 18 años	Únicamente para hermanos menores de edad.
Efectos de la sentencia	Retrospectivo a casos vigentes.	Retrospectivo a casos vigentes.	Retrospectivo a casos vigentes.
Restricción	No se aplica a procesos ejecutoriados por operar la cosa juzgada.	No se aplica a procesos ejecutoriados por operar la cosa juzgada.	No se aplica a procesos ejecutoriados por operar la cosa juzgada.
Regla generalizada		En materia pensional, el juez administrativo tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda.	

Fuente: compilación autor.

3. Presupuestos Jurídicos y Procesales en la Pensión De Sobrevivientes

3.1. Noción de Pensión de Sobrevivencia

En nuestro sistema de seguridad social se tiene prevista la contingencia de la muerte que genera la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes.

A voces de la Corte Constitucional, el derecho prestacional es considerada como la institución encargada de garantizar y proteger al grupo familiar del causante el respaldo económico que sirve de sustento por lo intempestivo que llega ser la pérdida del miembro que aportaba con su trabajo lo necesario para desarrollar derechos fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital (Sentencia C-1176, 2001).

En esa misma línea argumentativa, la máxima autoridad Constitucional en sentencia T-701 del 22 de agosto de 2006, sostuvo:

La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.

Esa noción de contingencia derivada por la muerte de un empleado no es ajena al régimen prestacional aplicable a las Fuerzas Militares, dado que el constituyente primario, el legislador, y el ejecutivo han establecido una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los soldados que estando en servicio activo se suscita el fallecimiento.

El marco normativo y la jurisprudencia unificada reglamentan ciertas particularidades que hacen posible el surgimiento del derecho pensional a favor de sus beneficiarios, sin embargo, no todos los factores que generan el riesgo en la prestación del servicio público están determinados en nuestro derecho positivo.

Por esta razón, en este capítulo se analiza los criterios formales, procesales y probatorios que ayudan a esos beneficiarios estructurar los argumentos facticos y jurídicos que son exigidos en sede administrativa y judicial para reconocer el derecho pensional.

3.2. Beneficiarios y su Orden

La movilidad entre regímenes especiales y la ley general que regula el instituto pensional derivada por la muerte del empleado castrense, tienen pequeñas diferencias entre los beneficiarios de primer nivel, los hijos y conyugue o compañero permanente, de segundo nivel los padres, y de ultimo los hermanos dependientes.

El presupuesto de interés jurídico en el derecho prestacional necesariamente lo otorga la calidad de beneficiario; esa legitimación faculta al interesado promover sus reclamaciones en procura de que se le reconozca la pensión. Dicho de otra forma, el primer elemento procesal es ostentar la calidad de beneficiario de conformidad al sustento legal en que se reconoce dicha prestación.

Para el caso de la Ley 100 de 1993 en su artículo 47 fija el siguiente orden de beneficiarios a la pensión de sobrevivencia:

- Al cónyuge o compañera permanente que haya convivido con el causante los últimos cinco (5) años de su vida. Procede de forma automáticamente y no requiere demostrar dependencia económica
- A los hijos menores de 18 años o mayores de 25 años si está dedicado al estudio. Igualmente se reconoce en forma automáticamente y no requiere demostrar dependencia
- A Los hijos mayores de 18 años inválidos siempre que dependan económicamente del causante.
- De presentarse concurrencia entre hijos y conyugue o compañera(o) permanente se dividirán el 50% para los hijos y la otra mitad para la conyugue.
- A los padres que dependan económicamente del causante, en el caso en que no haya ni cónyuge o compañera permanente, ni hijos.
- Hermanos inválidos siempre que dependan económicamente del causante, siempre que no haya cónyuge o compañera(o), hijos y padres beneficiarios.

En los regímenes prestacionales dirigidos a la fuerza pública para oficiales y suboficiales (Decretos 095/89 y decreto 1211 de 1990) se establece que la conyugue o compañera goza del privilegio de estar en el primer y segundo orden correspondiéndole el 50% de la mesada pensional. La otra parte les corresponde a los hijos, y a falta o ausencia de estos últimos le sigue el orden los padres del uniformado fallecido. El último orden está los hermanos menores a quienes se le exige dependencia sobre los ingresos del causante.

Por su parte, el decreto 4433 de 2004 recogió el orden de beneficiarios para soldados voluntarios (art. 22, ibidem) fallecidos entre el 07 de agosto de 2002 al 31 de diciembre de 2013, igualmente lo concerniente para los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de la siguiente manera: en primera categoría se ubica los hijos menores y mayores hasta los 25 años si continúan con carga académica y en el caso de presentar un estado invalidez previa comprobación de la dependencia económica; si subsiste cónyuge o compañera permanente se divide en dos partes iguales. En segunda categoría continua la conyugue o compañera, pero la otra parte (50%) les corresponderá a los padres del obitado si dependen económicamente del causante, pero ante la ausencia hijos y de compañera o conyugue la totalidad de la mesada corresponde a los padres dependientes; y a falta de los padres los hermanos menores e inválidos dependientes (Decreto 4433, 2004, art. 11).

Para el caso de los conscriptos los beneficiarios de la pensión por causa de muerte en combate o por acción directa del enemigo se reconoce pensión exclusivamente a los ascendientes de primer grado de consanguinidad o por adopción (ley 447, 1997, art. 5, replicado en el artículo 34 del decreto 4433 de 2004).

Como puede verse, la diferencia de beneficiarios entre el régimen general y los especiales anteriores a la reforma del año 2004, se circunscribe en los porcentajes y orden que se ubica al cónyuge o compañera(o) permanente. Así mismo, se identifica la ausencia del requisito de la subordinación económica para padres e hijos mayores de edad.

3.3. Dependencia Económica

La subordinación sobre los ingresos del causante ha sido entendida por el Consejo de Estado

como aquella situación de subordinación a que se halla sujeta una persona respecto de otra

en relación con su “modus vivendi”. Relación de dependencia dentro de la cual deberá observarse, por parte del beneficiado o amparado, una conducta sensata, eso sí, acorde con la dignidad humana pero desprendida de ostentación o suntuosidad alguna (Consejo de Estado, Sentencia 2012).

A su vez, en el estudio de constitucionalidad de la expresión “de forma total y absoluta”, contenida en el requisito de dependencia económica de los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional consideró que esta exigencia es conducente y adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido, esto es, el de limitar y restringir el universo de padres con derecho a reclamar esa prestación, a fin de asegurar la estabilidad económica del sistema de seguridad social en pensiones (Sentencia C-111, 2006).

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró inexecutable el aparte del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en la que se manifestaba que la dependencia económica debía ser “de forma total y absoluta” dejando en manos de los jueces de la República la determinación en cada caso concreto, la determinación de si los padres del causante son o no autosuficientes; se agregó también en dicha sentencia que en todo caso, era necesario demostrar la subordinación material como principal fundamento de la pensión de sobrevivientes cuando los solicitantes sean los padres del causante.

A este respecto, este Tribunal ha dicho que la independencia económica se refiere “a tener la autonomía necesaria para sufragar los costos de la propia vida, sea a través de la capacidad laboral o de un patrimonio propio”, o a la posibilidad de que “dispone un individuo para generarse un ingreso económico o disponer de una fuente de recursos que le permitan asumir las necesidades básicas, y garantizarse una vida en condiciones dignas y justas (Sentencia C-111, 2006).

Más adelante, la Corte con la sentencia T-538 de 2015, recopiló todas las reglas jurisprudenciales expuestas sobre la dependencia económica, cuando se trata del reconocimiento de la pensión de sobreviviente que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna (...).
2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica (...).
3. No constituye independencia económica recibir otra prestación (...). Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993 (...).
4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional (...).
5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes (...).
6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica (...).

A primera vista, el concepto de dependencia económica resulta de difícil cuantificación como quiera que corresponde a condiciones subjetivas tratándose de pretensiones de reconocimiento de pensión. No obstante, la dependencia económica se constituye como requisito junto con la cotización mínima de semanas para lograr el reconocimiento de la pensión.

Así las cosas, quien reclama la pensión de sobreviviente en calidad de padres hermanos e hijos mayores de 18 o 25 años según corresponda a estar estudiando o en invalidez, ostentan la carga demostrativa de insolvencia que los subordinaban económicamente respecto al causante de la pensión de sobrevivencia, puesto que se debe cumplir con el requisito exigido en la ley general y en la norma especial que se encuentra vigente desde el 2004 (decreto 4433) para los uniformados de las Fuerzas militares, si pretenden el reconocimiento de la pensión para los padres, hermanos inválidos e hijos mayores de 18 o 25 años.

3.4. Reclamación Administrativa

En el derecho administrativo y en su procedimiento, se impone al interesado promover sus peticiones ante la autoridad pública competente para que asuma y resuelva la reclamación

del derecho. Es tan importante esta figura que constituye un requisito de procedibilidad para ejercer su derecho de acción ante los estrados judiciales.

Este trámite administrativo era denominado vía gubernativa en vigencia del decreto 01 de 1984 –C.C.A.-, hoy en día nuestro CPACA lo denomina sede administrativa. La finalidad de agotarlo es que la Entidad conozca las pretensiones y se pronuncie sobre ellas, bien sea favorable o desfavorablemente.

La decisión de la administración es lo que comúnmente le llamamos acto administrativo, que en tratándose de pensiones es susceptible de control jurisdiccional, por cuanto en él se crean, modifican o extinguen derechos a personas naturales, en este caso a los beneficiarios del funcionario obitado.

El anterior brochazo de la naturaleza jurídica de la reclamación administrativa es para recalcar las actuaciones previas que debe adelantar quienes consideren tener derecho sobre la pensión de sobrevivientes.

Un elemento que marca el inicio de la reclamación es determinar la entidad encargada de resolver de fondo la pretensión, ¿a quién se dirige?, seguidamente conocer el trámite que se adelanta, ¿Cómo se hace?, y finalmente esperar el pronunciamiento institucional, ¿Qué debo hacer? Respuestas que se desarrollaran en los siguientes parágrafos.

De conformidad a su estructura dada en el Decreto 1512 del 2000, el sector defensa está integrada por su Ministro y por las entidades adscritas y vinculadas. Como establecimientos públicos adscritos están, entre otros, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- y la Caja de Sueldos de la Policía Nacional –CASUR-, entidades con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, encargadas de administrar, resolver y reconocer la asignación de retiro para militares y policiales.

Por su parte, los tramites pensionales por invalidez, sobrevivencia o su respectiva sustitución, recaen sobre el propio Ministerio de Defensa Nacional a través del grupo de prestaciones sociales, quien tiene a cargo de pronunciarse sobre el reconocimiento de la pensión mensual de sobrevivientes o por muerte en caso de fallecimiento de un miembro activo de las Fuerzas Militares o en prestación del servicio militar obligatorio, en favor de sus beneficiarios legales.

Sobre este particular es importante recabar que las prestaciones derivadas por lesionamientos o por fallecimiento de un miembro activo, la competencia recae sobre cada

dirección de prestaciones sociales de las fuerzas militares (Ejército, Armada, Fuerza Aérea) donde prestaba los servicios el militar. En cambio, el tema pensional por sobrevivencia o invalidez de los miembros de las Fuerzas Militares recae el conocimiento y su resolución en el Grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional. En cuanto a la asignación de retiro y su sustitución la entidad encargada es CREMIL.

En fin, la legitimación por pasiva para el trámite pensional por sobrevivencia de personal militar activo recae sobre el Ministerio de Defensa Nacional. En su organización el superior funcional y jerárquico del Grupo de Prestaciones Sociales es la Dirección Administrativa del Ministerio; dato de vital importancia para el uso de los recursos legales.

Una vez recibida la petición, se surte un trámite interno para recaudar el historial laboral del uniformado que reposa en la fuerza donde se prestó los servicios y se procederá a conformar un expediente prestacional de la pensión. Es menester que el peticionario con su petición, identifique plenamente al causante y la fuerza donde prestaba los servicios, asimismo, allegue los documentos que demuestran su calidad de beneficiario, los elementos probatorios sumarios de justifiquen la dependencia económica a quienes se le exige, y para el caso de hijos mayores aportar certificados estudiantiles.

Como puede observarse el trámite administrativo es sencillo sin formalismos y no requiere de profesional del derecho para agotarlo. La actuación finaliza con la resolución de la petición que se notifica a través de los canales físicos o digitales ofrecidos en el escrito del interesado. De presentar inconformidad procede el recurso de apelación ante la Dirección Administrativa dentro de los 10 días siguientes a su notificación (artículo 76 del CPACA) debidamente motivado, etapa donde puede presentar las pruebas necesarias que considere útiles para sustentar su reclamación.

3.5. Mecanismos de Protección Judicial

El Constituyente y el legislador ofrecen una variedad de herramientas jurídicas para reclamar a las autoridades administrativas y judiciales los derechos relacionados con la pensión de sobrevivientes, entre las que destacamos: i) la acción de tutela, ii) la extensión de jurisprudencia, iii) la conciliación extra judicial, y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.5.1. La Acción de Tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 ofrece el medio de impugnación que más se usa en nuestro territorio, y permite que cualquier persona que se sienta vulnerado o amenazado en un derecho de carácter fundamental pueda acudir al aparato judicial en búsqueda de la protección estatal.

Esta acción se caracteriza por su eficacia en los términos en que debe decidirse (10 días según artículo 29 del decreto 2591/91) y su cumplimiento debe materializarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia (Art. 27 *ibidem*). De este modo queda claro, que esta la tutela goza de un procedimiento preferente y sumario que no exige ritualidad en su presentación o reclamación; además, el juez de conocimiento está sometido a los paradigmas constitucionales y por su puesto a la jurisprudencial de la máxima autoridad constitucional.

En tratándose en pensiones de funcionarios públicos castrenses inconformes con decisiones administrativa cuenta con los medios de control ofrecidos en la Ley 1437 de 2011 o código de procedimiento administrativo o de lo contencioso administrativo, en adelante CPACA, por lo que indudablemente no se supera el requisito de subsidiaridad frente a otros recursos judiciales.

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (Decreto 2591, 1991).

Sin embargo, mencionada restricción de procedibilidad del ejercicio de la acción de tutela ha sido flexibilizada por la Corte Constitucional de forma excepcional cuando la reclamación proviene del derecho fundamental de la pensión de sobrevivientes, para lo cual el funcionario judicial debe hacer un chequeo especial de procedibilidad.

Sobre esta excepcionalidad, resulta importante traer a colación la sentencia de unificación de la Corte Constitucional (Sentencia C-005, 2018), en la que se establecieron los requisitos que permite quebrantar el principio de subsidiaridad frente al reconocimiento de la

pensión de sobreviviente, dejando en claro que existe un procedimiento ordinario establecido para tal fin y que al ser el idóneo se debe agotar, cabe agregar que también está la solicitud mediante vía administrativa para lograr el reconocimiento de la pensión, y cuando esta falla se acude a la vía ordinaria.

Tabla 7. *Test de Procedencia*

<i>Test de Procedencia</i>	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.
Segunda condición	Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.
Cuarta condición	Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.
Quinta condición	Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Fuente: Sentencia de Unificación 005 de 2018 de la Corte Constitucional.

Reglas que en reciente análisis constitucional fue aplicada en un caso donde el causante era miembro del Ejército nacional en el grado de soldado voluntario. Su muerte fue calificada en combate procediéndole su ascenso póstumo a Cabo Segundo; su progenitora en calidad de única beneficiaria acudió al Ministerio de Defensa pidiendo la pensión por sobrevivencia que fue negado por la ausencia legislativa del derecho vigente para la época del deceso, esto conforme al decreto 2728 de 1968 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-531, 2019).

En la sentencia citada se superó el requisito de subsidiaridad al vulnerarse el debido proceso en sede administrativa de carácter pensional, además la Entidad desconoció el precedente vinculante del Consejo de Estado dado en Sentencia SUJ-013-S2, 2018 que servía como fuente material del derecho, irregularidad que causó un detrimento arbitrario a la accionante al mínimo vital y al derecho a la seguridad social integral (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-531, 2019).

En resumen, la decisión administrativa ameritaba intervención constitucional porque se trataba de situaciones con identidad fáctica y jurídica unificadas por el Consejo de Estado que permite reconocer a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate, la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 189, literal d) del Decreto 1211 de 1990; reglas jurisprudenciales que crean el derecho pensional a favor de los accionantes con las pruebas aportadas en sede administrativa y en el juicio de tutela (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-531, 2019).

Con los argumentos expuestos con los pronunciamientos de la Corte Constitucional queda claro que la acción de tutela es procedente para reclamar la pensión de sobrevivientes por muerte de un militar y que resulta negada por la entidad. Su resolución dependerá de las condiciones especiales del actor, las circunstancias temporales y modales del suceso fatal, y de los medios probatorios que se arrimaron en sede administrativa y judicial.

3.5.2. La Extensión de Jurisprudencia.

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 270 las sentencias con características de unidad jurisprudencial proferidas por una alta corte, las siguientes: a) por importancia jurídica o trascendencia económica o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, esto es, las dictadas en virtud del artículo 271; b) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y; c) las relativas al mecanismo eventual de revisión previstas en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Con la finalidad de dar seguridad jurídica y materializar el derecho de igualdad se impuso que las sentencias unificadas constituyen fuente formal del derecho sobre los demás asuntos con identidad en fundamentos facticos, por consiguiente, las autoridades

administrativas y judiciales aplicaran las reglas contenidas en dichas providencias al momento de resolver los asuntos de su competencia (Ley 1437, 2011, art. 10).

A su vez, el legislador otorgo la herramienta administrativa a los coasociados para que la administración pública extienda los efectos de una jurisprudencia unificada. Sus requisitos formales son los siguientes:

- a.) invocar la sentencia unificada que sirve de fuente de derecho justificando que se encuentra en la misma situación fáctica y jurídica.
- b.) relación probatoria aportadas y que estan bajo custodia de la entidad.
- c.) referirse a peticiones previas con el proposito, sin solicitud de extensión de jurisprudencia. (Ley 1437, 2011, art. 102).

La entidad cuenta con el término de treinta (30) días para resolver la extensión de jurisprudencia. Contra la decisión que reconozca el derecho no procede recurso administrativo, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiera lugar. En caso que la decisión sea parcial, nugatoria o se guarde silencio, el interesado cuenta con la posibilidad de acudir dentro de los treinta (30) días siguientes al Consejo de Estado para que se ejerza el control de legalidad a través del procedimiento establecido en el artículo 269 del CPACA (Ley 1437, 2011, art. 102).

Las anteriores reglas se extiende a la sentencias unificadas por la Corte Constitucional porque los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución. En el estudio de la Corte del artículo 10 del CPACA se estableció que la omisión legislativa sobre la vinculariedad y obligatoriedad de las autoridades administrativas se extiende de forma preferente, “las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad” (Sentencia C-634, 2011).

Conforme a lo expuesto en estas lineas de extensión de jurisprudencia, las decisiones unificadas del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional tiene efectos vinculantes para la autoridad administrativa y judicial, porque en ellas se introduce un derecho subjetivo. De este modo, el interesado cuenta con un procedimiento sumario ante la misma entidad publica para que aplique la decisión de la alta corte como fuente formal del derecho reclamado, que eventualmente puede ser objeto de control judicial ante el Consejo de Estado.

3.5.3. La Conciliación Administrativa.

En nuestra actualidad la Conciliación extra judicial no constituye un requisito de procedibilidad para acudir al sistema judicial cuando su pretensión se ventila derechos ciertos indiscutibles e irrenunciables, como ocurre con el derecho fundamental de la pensión (CPACA, 161, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021).

No obstante, el afectado puede acudir a los mecanismos de solución de conflicto para que a través de la revocatoria directa (art. 93 del CPACA) se revoque el acto administrativo que niega o reconoce de forma imperfecta el derecho pensional.

Conforme a las reglas de conciliación administrativa (Ley 640, 2001), el competente para conocer asuntos relacionados con el Estado es la Procuraduría General de la Nación a través de su delegada en asuntos administrativos. La ley regula las formalidades, requisitos y procedimiento para adelantar la conciliación, entre los que se destaca la necesidad de contar con profesional del derecho con facultades específicas de conciliar.

Llama la atención que la propuesta de revocatoria directa proviene de la misma autoridad y procede de oficio o a petición de parte, y debe fundarse en tres causales taxativas:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. (Ley 1437, 2011).

Admitida la solicitud de conciliación el procurador delegado fijará fecha para celebrar la audiencia conciliatoria, en ella se expondra las pretensiones de la solicitud y la respuesta de la Entidad. Sobre lo que acontezca se levantara una acta y se expedira las constancias de agotamiento de requisito de procedibilidad en el caso de no lograr un convenio; en cambio de producirse un acuerdo se enviara toda la actuación y el acta a revisión del Juez administrativo competente para que ejerza el control de legalidad de la conciliación extrajudicial. De improbarse procede el recurso de apelación (CPACA, art. 243, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021).

Es importante señalar que la actuación del Ministerio Público es netamente mediador en el trámite de conciliaciones contencioso administrativas por lo que carece de facultades en el objeto del litigio, por lo que según TORRES RUIZ (2018) resultan excesivamente ineficiente

en la protección de los derechos de los administrados, el ahorro patrimonial estatal, en dar las soluciones para la incertidumbre jurídica y contribuye con la congestión propia de la jurisdicción contenciosa.

Los resultados con los mecanismos de solución de conflictos no son propios de esta investigación; sin embargo, la conciliación administrativa hace parte del abanico de las herramientas jurídicas que ofrece el sistema jurídico colombiano para que el conglomerado social los utilice cuando sientan que le asiste el derecho al reconocimiento pensional por sobrevivientes, así la aceptación y eficacia no le sea muy favorable.

3.5.4. La Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Este medio de control tiene por característica enjuiciar los actos administrativos de carácter particular cuyo contenido afecta, restringe o modifica un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica. Se encuentra regulada en la ley 1437 de 2011 (art. 138) y permite que al afectado se le restablezca el derecho e inclusive se le indemice los daños causados con su tránsito jurídico.

Como se trata de una demanda ordinaria declarativa, se debe cumplir con los presupuestos de la acción como la competencia, legitimación por pasiva y activa, caducidad, y representación judicial a través de abogado; adicionalmente con los requisitos procedimentales de la reclamación administrativa, la conciliación previa, la demanda en forma, la exposición clara de hechos, pretensiones, fundamentos jurídicos y medios probatorios, entre ellos, el acto administrativo y su notificación.

Por ser un proceso judicial su resolución esta supeditada ante todo al rito procesal establecido en tres etapas: la inicial, probatoria, y de alegaciones y juzgamiento. La cual queda a las visicitudes propias de un proceso ordinario, entre la que destacamos: la congestión de los estrados contenciosos administrativos.

Un instrumento procesal poco usado en contra de las decisiones administrativas es la medida cautelar de suspensión de un acto administrativo, que puede ser promovida a petición de parte junto con la demanda o en cualquier etapa del juicio. Su desarrollo normativo se encuentra en el Capítulo XI, Título V, de la ley 1437 de 2011 (art. 229 y ss.).

La finalidad de la imposición de la medida cautelar es proteger y garantizar de forma transitoria, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia judicial. Justamente, el juez de conocimiento goza con las facultades de suspender los efectos del acto acusado, e inclusive, de considerarlo necesario imponer obligaciones de hacer o no hacer (Ley 1437, 2011, art. 230).

La suspensión provisional, como medida temporal y accesorio, requiere estar motivada en evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que sobre ellos recae, hasta tanto, el funcionario competente resuelva su constitucionalidad o legalidad (Consejo de Estado, 2016).

Su procedencia al momento de imponerla debe cumplir dos requisitos sustanciales: el primero es confrontar el acto administrativo con el argumento jurídico invocado por el accionante como violación o vulneración de disposiciones superiores y legales. En segunda medida procede cuando las pruebas arrojadas con la medida soportan una violación del derecho subjetivo que causan un perjuicio irremediable (Ley 1437, 2011, art. 231).

Una vez surtido el procedimiento contencioso administrativo y de contar con una decisión de fondo que ordene reconocer la pensión de sobrevivientes se procede a dar cumplimiento de conformidad a las reglas del artículo 192 y siguientes del CPACA.

3.5.5. La Caducidad en Pensiones.

La figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un término habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales.

Teniendo en cuenta el presupuesto procesal del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, tenemos que el término de caducidad previsto para ejercerlo, se encuentra previsto en el numeral 2 literal d) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

- d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.

Es importante señalar que el fenómeno jurídico de la caducidad, tiene su naturaleza en la necesidad del Estado de imprimirle estabilidad a las situaciones jurídicas, acabando con la duda de que sus actos puedan llegar a ser anulados en cualquier tiempo, una vez expedidos. Postura que ofrece la Corte Constitucional de la siguiente manera:

La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso Administrativas (artículo 136 del Código Contencioso Administrativo), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado.

Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado (Sentencia C-565, 2000).

La doctrina nacional, explica que la caducidad es un presupuesto procesal de la acción, y ella se configura "...cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio y de la relación de los hechos de la demanda o de sus anexos resulta que está ya vencido" (Echandía, 1998).

En fin, dentro del concepto de caducidad, lo indispensable es que haya vencido el lapso que la ley ha establecido para que pueda demandarse. La caducidad consiste entonces en la extinción del derecho a la acción, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretende titular de un derecho opte por ejercitarlo o renunciar a él, fijado en forma objetiva, sin consideración a situaciones personales del interesado, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración.

En suma, la caducidad es un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre los sujetos de derecho, razón por la cual entraña el deber de ejercer las acciones judiciales dentro del término que la ley ha estipulado para el efecto, ya que de no hacerlo en tiempo se perderá la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo un derecho, pues la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección; cuando el plazo para acudir a la vía judicial ha expirado, así debe

declararse por el operador jurídico al momento de la admisión de la demanda, conforme al artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o en su defecto debe ser declarada en la sentencia, lo cual conllevará a un fallo inhibitorio, ya que la falta de uno de los requisitos de procedibilidad de la acción, impide decidir el fondo del asunto.

Por ser una institución de orden público, la caducidad es indisponible, irrenunciable y el juez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe declararla incluso de oficio cuando encuentre probados los respectivos supuestos.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado que las prestaciones periódicas en cierta medida se mantienen con el pasar del tiempo y se renuevan mes a mes, como es el caso de los salarios, las pensiones o sus respectivas reliquidación. En efecto, la flexibilización temporal comprende igualmente a los que las niegan, pues la norma no los restringe y una interpretación diferente afectaría derechos fundamentales con el pretexto de hacer prevalecer aspectos netamente procesales.

El precepto anotado se acompasa con el criterio adoptado por la Sección Segunda desde el año 2008, en la que se modulo la decisión de invalidar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento cuando se dirime controversias de actos administrativos que niegan prestaciones periódicas. En esa oportunidad se rectificó la jurisprudencia en el siguiente sentido:

Se evidencia entonces cómo la discriminación que aplica la caducidad al acto que niega el reconocimiento de una prestación periódica implica una razón susceptible de evaluar en el contexto del absurdo, por cuanto conduce a la repetición estéril de una conducta ya descrita tanto por la administración como por el usuario y desde luego por la administración de justicia, lo que por supuesto significa un desgaste que conspira en forma simultánea contra los derechos esenciales implicados en esta problemática, y respecto de la economía y eficiencia como principios seculares en la actividad de la Administración Pública y de la Administración de Justicia. Aunado a lo anterior, el derecho fundamental cuenta con la protección de la ley por ser ciertos e indiscutibles (Consejo de Estado, Sentencia 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08), 2008).

La necesidad de sentar jurisprudencia surgió por el círculo vicioso de exigir el término prescriptivo de la acción cada vez que superaba los cuatro (04) meses que tenía el usuario para promover sus reclamaciones judiciales; fenómeno que no le negaba acudir a la administración de justicia, pero le imponía al usuario acudir a una nueva reclamación ante la administración con el objeto de que una vez proferido el respectivo pronunciamiento pudieran ejercer contra éste último las acciones ordinarias pertinentes.

Interpretación jurisprudencial que fue recogida con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su numeral primero (1°) literal c) estableció la inoperancia de la caducidad cuando las pretensiones se dirija contra las decisiones de naturaleza periódica que la reconozcan o las nieguen total o parcialmente.

Bajo esta línea argumentativa, entonces, en tratándose de prestaciones periódicas imprescriptibles, como la pensión de sobrevivientes, no resulta exigible el término de la caducidad; por consiguiente, las reclamaciones que surjan por las decisiones administrativas pueden ser demandadas en cualquier tiempo.

3.5.6. La Prescripción en Pensiones.

A diferencia del fenómeno de la caducidad de la acción que es una medida procesal, la prescripción ataca el derecho sustancial. Sin embargo, la pensión es calificada como un derecho a la pensión no puede ser afectado con dicha figura, es decir, es imprescriptible e irrenunciable de conformidad al artículo 48 de la Constitución Política que señala “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 072 de 1994 señaló sobre la prescripción lo siguiente:

La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible. (...) No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta

la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La postura hermenéutica de la Corte Constitucional que ha sido reiterativa en determinar que el derecho pensional goza de componente fundamental que integra el concepto de la seguridad social integral con noción de imprescriptible, pero dicha garantía no se traslada a las prestaciones periódicas como las mesadas pensionales dada a su naturaleza económica que pueden extinguirse por no ser reclamadas en los plazos legales (Sentencia SU-567, 2015).

Corresponde ahora verificar las reglas de la prescripción de las mesadas pensionales en los casos que el causante sea un miembro activo de las fuerzas militares de Colombia. Para oficiales y suboficiales el legislador introdujo en los decretos 095 de 1989 (artículo 169) y el 1211 de 1990 (artículo 174), que los derechos prestacionales regulados en dichas normatividades sufren de la figura extintiva a partir del cuarto (4) año desde que se hicieron exigibles.

Con la reforma pensional castrense del año 2004 con el Decreto 4433, se fijó la prescripción trienal de los derechos pensionales. Régimen que recoge a todos los niveles o grados existente en la jerarquía militar, inclusive los soldados conscriptos, voluntarios y profesionales (art. 43 *ibídem.*).

En materia pensional dado por la ley general (Ley 100, 1993) las reclamaciones oportunas deben presentarse dentro de los tres (03) años siguientes a que son exigibles, de conformidad con los Decretos 3135 de 1968 (artículo 10) y 1848 de 1969 (art. 102).

Estas tres figuras prescriptivas son determinantes al momento en que se reconoce una pensión en sede administrativa o vía judicial. Dependerá su aplicación del régimen que motive la decisión según los postulados esgrimidos a lo largo de este documento, que en resumen, se impone la prescripción cuatrienal solamente cuando el derecho se estructura bajo los requisitos contenidos para los oficiales y suboficiales en vigencia de sus decretos el 095/89 y el 1211/90, figura que se puede extender bajo el principio de especialidad a las pensiones dadas en la Ley 447 de 1998 por no encontrarse regulada. En los demás asuntos pensionales la prescripción es trienal.

En todo caso, el estatuto prestacional especial o general, escalafonado o no escalafonado, fallecido antes o después de entrada la vigencia de la reforma vigente (2004), con vinculación estatal voluntaria u obligatoria, el interesado al momento de presentar la reclamación del derecho, por escrita o por canales digitales, a la entidad competente, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual, es decir de tres (3) o cuatro (4) años, según corresponda.

3.6. Argumentación Jurídica para Reconocimiento de la Pensión

Toda decisión debe estar motivada, excepcionalmente cuando la ley no lo exige. Este deber constituye la piedra angular o las bases que sostienen la resolución de lo pretendido; a su vez, ese contenido considerativo garantiza el adecuado ejercicio del derecho de contradicción, y evita cualquier arbitrariedad y abuso del poder.

En efecto, los argumentos se construyen desde los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales que de forma racional, razonable, clara y justa; su interpretación debe estar ajustada con las premisas fácticas y jurídicas incoadas por el interesado. En otras palabras, la decisión debe fundarse con razones de hecho y de derecho, así su resolución provenga de forma oficiosa.

Sobre esta carga argumentativa vale recordar lo manifestado por la Corte Constitucional en cuanto a los requisitos de la motivación, que debe ser clara y completa, y debe estar razonablemente fundada en el sistema jurídico, mediante la aplicación de sus reglas a las circunstancias de hecho sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso. Esa evaluación objetiva es lo que delimita la discrecionalidad de quien debe resolver sobre el derecho en discusión (Sentencia T-259 , 2000).

La retórica argumentativa expuestas reflejan que la voluntad de la administración pública o del poder judicial al momento de dar su veredicto deben motivar sus decisiones de forma precisa y coherente al sistema de fuentes del derecho.

De acuerdo a lo registrado en capítulos anteriores, claramente en la normatividad que regula la prestación pensional por sobrevivencia a causa de fallecimiento en servicio activo de militares cuenta con vacíos jurídicos, ausencia legislativa y con exigencias que restringen el surgimiento del derecho.

Queda al descubierto que no todos los supuestos facticos en que suscita la muerte cuenta con una tipicación normativa o con reglas unificadas que permitan a sus beneficiarios acceder a su reconocimiento. Por lo tanto, se analizarán las tendencias jurídicas que en la actualidad predominan en la jurisdicción contenciosa para garantizar un ingreso económico dejado de percibir por la ausencia del militar obitado.

3.6.1. Principio protector o protectorio.

En el campo laboral se definen a los sujetos que en ella participan como empleador y trabajador. El primero goza de atribuciones y facultades sobre quien debe ejecutar la labor encomendada a través de la obediencia continuada. Esa subordinación material indudablemente lo ubica como la persona dominante en la relación jurídica.

A partir del reconocimiento del trabajador como la parte más débil de la relación laboral, y en un marco de respeto absoluto a la dignidad del trabajador y a sus derechos fundamentales irradia la noción del principio protector en materia laboral como garantía de poder satisfechos sus derechos e intereses a través de la interpretación que le sea más favorable.

Esa vocación de tutela y protección del más débil en la relación laboral, tiene su consagración en los postulados esenciales del Estado social de derecho, es especial al trabajo como uno de los fundamentos del Estado y contempla plenas garantías que en ellas se imprimen. La Corte Constitucional reconoce como características esenciales de esta nueva concepción de las relaciones entre trabajador y empleador las siguientes:

- 1) percepción dialéctica y conflictiva de los intereses que confluyen;
- 2) carácter funcional de los conflictos como impulsores de una sociedad pluralista, solidaria y justa, y
- 3) excepción al principio de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores (Sentencia T-230, 1994).

En ese contexto, el afectado al promover sus derechos empieza con una desigualdad jurídica, procesal, y económica en sus peticiones y litigios que se suscitan con ocasión de las cláusulas laborales. Desequilibrio que en función administrativa y judicial debe ser ajustada en la interpretación que le sea más beneficiosa a los derechos del trabajador.

En el campo del derecho laboral público, su noción se mantiene por cuanto el Estado

obtiene de sus funcionarios la obediencia y subordinación continuada por mandato legal; en esta área del derecho el patrono ostenta un poder superior que en comparación con la relación laboral entre particulares teniendo en cuenta que las leyes son emanadas por el mismo Estado. De esta forma, cuando dichas facultades legales se usan desmedida e injustificadamente, el afectado se ve en la penosa necesidad de acudir a la administración de Justicia para hacer valer sus derechos, litigiosidad que indudablemente tiene desequilibrios sustanciales y procesales a favor del Estado.

Un ejemplo tangible de la desproporción entre empleado público y su patrono es la regla general del derecho administrativo que otorga presunción de legalidad a todas sus decisiones sin importar la creación, modificación o negación de un derecho subjetivo. Dicha presunción refiere que el acto administrativo es obligatorio, mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa. Así pues, se concibe que la legitimidad del acto, se deriva del uso de las potestades de orden público, y protección del interés colectivo que ostenta la autoridad que los expidió, con estricta sujeción a los límites de su competencia y a la normatividad que rige la materia o situación jurídica a dilucidar (Ley 1437, 2011).

Con fundamento a la desigualdad procesal entre los beneficiarios de la prestación pensional por causa de muerte de un uniformado, se ha determinado por parte del Consejo de Estado que, el Juez administrativo tiene la obligación de someter los asuntos de su competencia al principio protectorio o protector con la finalidad de equilibrar la balanza y otorgar la interpretación más beneficiosa a favor del funcionario.

En las sentencias unificadas que estudiaron el tema pensional de militares caídos en simple actividad se resaltó lo trascendental que resulta la figura protector para resolver asuntos que ofrecían variedad de interpretaciones por ausencia legislativa. Sobre el principio laboral se dijo:

El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra. La trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación». Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual «El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a

compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador» Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el in dubio pro operario, el de la condición más beneficiosa, el de la renunciabilidad de los derechos, y el de la primacía de la realidad sobre las formas. Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo (Consejo de Estado, Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

A modo de conclusión, el principio protector ofrece una garantía procesal en la etapa decisional porque dirige la atención del fallador a proteger ciertos derechos consagrados en la carta política que no pueden ser desconocidos por la ley ni por la administración de justicia; por lo tanto, la articulación de los principios rectores del derecho laboral se convierten en fuente material del derecho que, desde luego, se confronta con los hechos y probanzas que soportan las pretensiones. Con todo, el estudio de fondo se rodeará de la especial protección judicial hacia el trabajador en las interpretaciones normativas.

3.6.2. Principio de favorabilidad

El axioma de favorabilidad se encuentra regulado en el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663, 1950) en su artículo 21: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador." Presupuesto normativo que se acompasa con el canon constitucional (53) que lo adiciona con la interpretación mas beneficiosas en las fuentes formales de derecho.

Sobre esta regulación normativa la Corte a sostenido que "El principio de favorabilidad se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal. Determina en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador" (Sentencia T-730, 2014).

Queda claro, entonces, que el constituyente y el legislador con la protección prevalente del trabajador, busca aplicar entre más de un régimen concurrente en la solución de un caso, el que le sea más favorable a su objeto pretensional, elevándola a rango constitucional en su modalidad de fundamental. En cuanto a su procedencia la Corte sostuvo:

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador (Corte Constitucional, Sentencia C-168, 1995).

Ahora bien, a la generalidad del principio de favorabilidad se desarrolla una especie conocida por la jurisprudencia como la condición más beneficiosa. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995, sostuvo acerca de esta figura del derecho laboral como aquel análisis objetivo entre el caso concreto y el contenido de la norma que resulta “más ventajosa o benéfica para el trabajador”. Así las cosas, el funcionario judicial en materia laboral, está supeditado al análisis integral de los supuestos facticos para que, comparado con las fuentes formales del derecho busque la norma aplicable que sea más benevolente al trabajador.

Ahora bien, la interpretación normativa se convierte en un instrumento orientador en la resolución de los litigios, pues con ella se da a conocer las posturas dadas en los precedentes jurisprudenciales para que se decida sobre su utilidad en cada caso en particular; tarea que recae exclusivamente sobre el funcionario investido de jurisdicción y competencia.

En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador (Corte Constitucional, Sentencia C-168, 1995).

Adentrándonos particularmente en las pensiones de los militares colombianos en su modalidad de sobrevivientes, la jurisdicción contenciosa cuenta con las interpretaciones

unificadas del Consejo de Estado dadas en las sentencias SU-09, SU-10 de 2018 y SU-16 de 2019. Allí se impusieron cuatro reglas generales, a saber:

- i. La argumentación jurídica propuesta por el interesado, no ata al juez para resolver los litigios pensionales de forma integral, para lo cual debe acudir a las fuentes del derecho que le sea más favorable al trabajador.
- ii. De conformidad al artículo 288 de la ley de 1993 los miembros de la fuerza pública son sujetos que se pueden beneficiar de dicho estatuto, cuando las condiciones legales establecidas en el ordenamiento especial son más restrictivas para acceder al derecho pensional de sobrevivientes. El cambio de régimen o aplicabilidad del sistema general en seguridad social se funda en el principio de favorabilidad.
- iii. Cada caso debe cumplir con todos los requisitos que establezca la ley empleada en el surgimiento del derecho pensional.
- iv. El principio de conglobamento o inescindibilidad de la ley se garantiza con la aplicación integral de la norma que sirve de sustento en el reconocimiento pensional.

El criterio Fuerte y unificado del Consejo de Estado proviene de la aplicación del principio de la favorabilidad, en la medida que las leyes ordinarias que regulan el tema son más flexibles para los miembros de la Fuerza Pública que las exigencias registradas en los regímenes especiales.

Precedente de características vinculante y obligatoria, según efectos dada a las sentencias unificadoras, que a prima facie permitiera argumentar aquellos casos que pueden discutirse administrativa y judicialmente por ausencia legislativa y por variedad interpretativa.

4. Conclusiones

El derecho a la pensión se ha elevado a la categoría de derecho fundamental contenido en la seguridad social integral que protege la dignidad humana y el mínimo vital al grupo familiar que, a causa de la muerte del trabajador cotizante deja de percibir el aporte para la subsistencia de su núcleo familiar.

El calificativo de derecho fundamental hace que, se inmune de las reglas de prescripción, caducidad, renuncia y enajenación, al constituirse como derecho inherente al ser humano protegido por el sistema jurídico colombiano.

Los miembros de la fuerza pública no son ajenos a las garantías constitucionales, contrario *sensu*, el ordenamiento jurídico establecido un régimen prestacional especial a los integrantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, dada la labor de preservar el orden constitucional y legal a través del uso exclusivo de las armas de guerra como último recurso en el ejercicio de la coerción estatal.

Teniendo en cuenta la imprescriptibilidad del derecho y la inoperancia de la caducidad en el derecho de acción sus reclamaciones pueden promoverse en cualquier tiempo; flexibilidad que influye en el régimen aplicable en cada caso concreto, por cuanto se presentan multiplicidad de normas entre el cambio constitucional de 1991 con las modificaciones legislativas concretadas a partir del año 2004.

La vigencia normativa juega un papel determinante con la regla temporal del suceso mortuorio, que, sumado al grado militar en la jerarquía militar y a la calificación administrativa, establecen el marco jurídico que regula los requisitos en la prestación pensional.

Con fundamento a las anteriores premisas, el derecho de la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de un soldado o grumete activo en vigencia del decreto 2728 de 1968, no ofrece ninguna posibilidad de que sus beneficiarios adquieran la prestación mensual vitalicia. La primera referencia jurídica que les otorga este derecho está dada en la Ley 447 de 1998 pero con la condición de ser soldado conscripto o en prestación del servicio militar obligatorio, y la causa este calificada por razones del combate o por acción directa de enemigo en restablecimiento del orden público.

Por su parte, para los oficiales y suboficiales la prestación se regulaba en el estatuto contenido en el Decreto 1211 de 1990. La eficacia del derecho pensional dependía de dos

aspectos: i) la muerte en combate consagra el derecho con el único requisito de estar en el orden de beneficiarios, y ii) el tiempo de servicios entre doce (12) a quince (15) años de servicios, si la causa de la muerte provenía en misión del servicio o en simple actividad.

Queda al descubierto que los años 90 y principios del siglo XX, los regímenes especiales castrenses en materia pensional eran muy restrictivos en comparación con el régimen general. La diferencia palpable se materializa con la ausencia legislativa para soldados no escalafonados, y en el tiempo mínimo de servicios de los oficiales y suboficiales en las causas diferentes al combate o por acción directa del enemigo.

Ahora bien, para apaciguar la desigualdad pensional de los militares, el Consejo de Estado en su desarrollo jurisprudencial unificado ha mitigado los efectos negativos o adversos a la comunidad beneficiaria de los uniformados caídos en servicio activo fijando reglas o criterios que sirven como fuente formal del derecho prestacional para casos que deban resolverse en sede administrativa y judicial, y que compartan identidad de causa y objeto.

Las reglas jurisprudenciales impregnadas en las SU-09, SU-10, SU 13 de 2018 y la SU-16 de 2019, sobresalen como fuente interpretativa, las siguientes:

1) Los soldados muertos antes del 07 de agosto de 2002, a causa del combate o por acción directa del enemigo o en tareas de restablecimiento público, y con ascenso póstumo al primer grado de suboficiales, lo hacen beneficiario del régimen contenido en los decretos 095 de 1989 o decreto 1211 de 1990, bajo el principio de especialidad normativa.

2) En aplicación del principio de favorabilidad, los uniformados que fallezcan en servicio activo sin tener derecho pensional, bien sea por ausencia legislativa o por falta del requisito mínimo de servicios, tienen derecho a que se le aplique los requisitos contenidos en la ley 100 de 1993.

3) La norma que se use como fundamento del derecho pensional por sobrevivencia debe aplicarse de forma integral en su orden de beneficiario, tiempo de cotización o fidelización al sistema, las reglas en la liquidación del monto pensional, y su figura prescriptiva de las mesadas.

4) En los casos judiciales de competencia administrativa, el Juez en desarrollo al principio protectorio debe acudir al marco jurídico que sea más favorable al surgimiento del derecho subjetivo, así no sea propuesta en la demanda por la parte interesada.

5) Quedó prohibido reabrir procesos judiciales ejecutoriados.

De este modo, el resumen interpretativo registrado en líneas anteriores constituye el concepto jurídico en las pretensiones en los casos que aún no se cuente con unidad jurisprudencial. La tendencia de la máxima corporación contenciosa administrativa y de la Corte Constitucional es garantizar el acceso al derecho pensional a los beneficiarios que han perdido ese apoyo económico con la desaparición de su familiar militar.

La brecha jurídica corregida por el Consejo de Estado fue subsanada parcialmente con la expedición del Decreto 4433 de 2004. En primer término, con la profesionalización de los soldados en el año 2000 se creó un solo conglomerado jurídico para todos los niveles jerárquicos militares, inclusive el de los miembros de la policía nacional.

En tratándose de la pensión por sobrevivencia, estableció su reconocimiento prestacional sin importar el tiempo mínimo de servicios para soldados profesionales, suboficiales y suboficiales, a excepción de la causa de simple actividad que pide un (01) año de servicio contados desde que ingreso al escalafón, en caso de ser oficial o suboficial, o desde que se le nombra como soldado profesional. Reglas que se extienden a los soldados voluntarios con fecha de fallecimiento entre el 07 de agosto de 2002 al 31 de diciembre de 2003.

Por su parte, a los conscriptos se mantuvo el derecho pensional bajo los mismos términos de la Ley 447 de 1998. Únicamente procede cuando su muerte es producto del combate, por acción directa del enemigo, por restablecimiento del orden público o por muerte presunta por desaparecimiento declarada por autoridad judicial.

No queda duda que las sentencias unificadoras solo regularon los siguientes supuestos de hecho: i) la SU-013-2018 está dirigida a los soldados voluntarios con ascenso póstumo y con fallecimiento en vigencia del decreto 1211 de 1991 hasta el 07 de agosto de 2002. ii) La SU-09 de 2018 exige ser oficial o suboficial obitado en simple actividad en vigencia de la ley 100 de 1993 hasta la expedición del decreto 4433 de 2004. Y iv) la SU-10 de 2018 el sujeto favorecido son los soldados en prestación del servicio militar que fallezcan en simple actividad en vigencia de la ley 100 de 1993.

Estos precedentes fácticos unificados constituyen fuente formal del derecho obligatorio y vinculante para el Ministerio de Defensa como autoridad nominadora pensional, y por supuesto, a los jueces y tribunales administrativos que deban resolver asuntos de iguales características. En el evento de faltar a los deberes administrativos o renuencia arbitraria de la Entidad, proceden los recursos legales de impugnación, la figura de la extensión de

jurisprudencia, la tutela por vulneración de derechos a la seguridad social integral, al debido proceso, al mínimo vital y a la dignidad humana. Así mismo, el acto que niega o concede parcialmente la pensión es susceptible de la conciliación extrajudicial y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otro lado, las situaciones jurídicas no reguladas por el ordenamiento jurídico ni por la unidad jurisprudencial, como son los casos de la muerte del conscripto en simple actividad, o en combate antes de la ley 447 de 1998, o los soldados voluntarios, profesionales, oficiales y suboficiales con fallecimiento antes del decreto 4433 de 2004 con causales en misión del servicio, entre otros; deben acudir necesariamente a la tutela o al uso de las acciones legales en contra de la decisiones administrativas.

El procedimiento administrativo y judicial resulta ser más técnico, es decir, se deben cumplir con ciertas exigencias para que la administración de Justicia entre a estudiar el asunto de fondo. Una de ellas es la reclamación en sede administrativa que se ejerce con la presentación a la entidad nominadora la petición del derecho subjetivo.

Seguidamente el legislador opto por la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de conflictos, con la característica de ser facultativa en temas relacionados con la pensión o sus reajustes. O puede acudir a su derecho de acción a través de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el juicio contencioso, e inclusive en sede administrativa, en acción de tutela o extensión de jurisprudencia, se impone unas cargas procesales como la responsabilidad probatoria y la argumentación jurídica que sustentan las pretensiones pensionales. Indica estos deberes que el rol del reclamante debe ser activa en presentar los medios demostrativos de los hechos o causa *pretendí* que estructuran el derecho subjetivo.

Así las cosas, el usuario debe propender por aportar los medios probatorios conducentes, pertinentes y útiles que lo ubican como beneficiarios de la pensión, la ausencia de personas con mejor derecho, sus condiciones especiales, el tiempo de servicios con el Estado o cotización al sistema de seguridad social, el fallecimiento y su causa, el grado militar, la fecha del fallecimiento, el salario o asignación básica o ingreso base de liquidación, entre otros, como el caso de la dependencia económica para los padres, hermanos menores, e hijos mayores o incapacitados.

Recordemos que en nuestro ordenamiento procesal general la consecuencia jurídica por ausencia probatoria es la de tener por no probado el hecho que sirve de sustento en el derecho reclamado. Así mismo, las pruebas contribuyen para derrumbar la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos. Como puede visualizarse, los hechos, sus probanzas y los argumentos jurídicos son fundamentales en el surgimiento del derecho pensional.

En ese sentido, los introductorios administrativos o judiciales deben contener los fundamentos legales y jurídicos que resultan más favorables al trabajador en su derecho subjetivo. Sobre este particular, las sentencias de unificación SU-10 y SU-13 ilustran las fallas técnicas en la proposición del argumento jurídico y la fuerza limitante del juez de segunda instancia de la no *reformatio in pejus* que alude a la prohibición de reformar en perjuicio al apelante único.

A modo de conclusión, Las altas Cortes han ofrecido los paradigmas de igualdad, dignidad humana y mínimo vital como derechos que fundan la seguridad social integral, que necesariamente se desarrollan en la resolución de las controversias mediante los principios protector o protectorio, la favorabilidad, pro homine, condición más beneficiosa al trabajador, y el de especialidad de regímenes en asuntos pensionales.

El Consejo de Estado, en procura de extender los efectos judiciales del principio protector del trabajador y *de iura novit curia*, fijó en términos generales de las pensiones en el sector público la regla jurisprudencial que, en mi sentir, resulta de gran relevancia jurídica y procesal en todos los asuntos judiciales contencioso administrativo:

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, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 (Consejo de Estado Sentencia CE-SUJ-SII-010, 2018).

5. Recomendaciones

Los ajustes que se revelan con los considerandos expuestos en la investigación están dirigidos para que, la academia implante a sus educandos un estudio más profundo en los sistemas especiales del sector público teniendo en cuenta que el desconocimiento o falta de experticia provoca una técnica procesal inapropiada para los intereses de los usuarios pensionales; convirtiendo estos asuntos exclusivos para algunos profesionales expertos en pensiones del sector público.

Por su parte, el legislador en uso de sus facultades reglamentarias y en procura de ser afectuoso al ordenamiento jurídico en el derecho pensional militar, emane de su seno un régimen actualizado y eficiente que materialice la protección de la contingencia de la muerte en todas sus modalidades de calificación. Su necesidad surge porque el sistema petrificado de características restrictivo, aún sigue afectando a la mayoría de los grupos familiares que pierden a su sostén económico.

En igual sentido, se observa que la carga constitucional de la prestación del servicio militar obligatorio constituye un riesgo a la vida de nuestros jóvenes sin garantías legales prestacionales. El deber constitucional debe estar rodeado de mecanismos de protección como lo tienen todos los funcionarios estatales, así sea de forma temporal por el tiempo que dure el servicio obligatorio.

Otro resultado que amerita una recomendación respetuosa a quienes acudan directa o indirectamente a la reclamación pensional, es la adecuada interpretación normativa con las premisas fácticas de temporalidad, grados, calificación y calidad de beneficiario en la prestación de sobrevivientes desde cada caso en concreto, por cuanto estos factores son determinantes en el surgimiento de la prestación económica vitalicia.

En ese mismo sentido, resulta imperioso exigir un análisis integral del ordenamiento jurídico que regula la pensión de sobrevivientes para identificar el régimen o interpretación que sea más favorable al trabajador. En este punto se recalca, que la argumentación jurídica no limita la decisión de fondo, pero contribuye con el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

En cuanto a la Entidad administradora de la pensión (Ministerio de Defensa Nacional), debe promover una conducta proactiva en las reclamaciones pensionales que garanticen la

sostenibilidad presupuestal y la correcta interpretación normativa que contribuya con la ascensión del derecho.

Finalmente, los usuarios o beneficiarios están obligados a asumir sus responsabilidades probatorias en los requisitos exigidos en la ley; esto busca prevenir trabas, dilataciones o demoras en el trámite administrativo o judicial.

Referencias Bibliográficas

- Congreso de la República de Colombia. (4 de agosto de 2017). Reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización. [Ley 1861 de 2017]. DO: 50.315.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Congreso de la República de Colombia. (5 de enero de 2001). Modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 640 de 2001]. DO: 44.303.
- Congreso de la República de Colombia. (21 de julio de 1998). Pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones. [Ley 447 de 1998]. DO: 43.345.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.
- Congreso de la República de Colombia. (3 de marzo de 1993). Reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. [Ley 48 de 1993]. DO: 40.777.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de 12 de 1985). Normas sobre servicio militar voluntario. [Ley 131 de 1985]. DO: 37.295.
- Consejo de Estado. (30 de mayo de 2019). SUJ-016-CE-S2, 201925000234200020130223501 (2602-2016). [CP Carmen Anaya de Castellanos].
- Consejo de Estado. (4 de octubre de 2018). Sentencia SUJ-013-S2, 050012333000201300741-01
- Consejo de Estado. (12 de abril de 2018). Sentencia CE-SUJ-SII-010, 81001233300020140001201 (1321-15). [CP Sección Segunda]
- Consejo de Estado. (1 de marzo de 2018). Sentencia SUJ-009-S2, 68001233300020150096501. [CP Sección Segunda].
- Consejo de Estado. (12 de febrero de 2016). Sentencia 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754)A. [CP Carlos Alberto Zambrano Barrera].
- Consejo de Estado. (29 de noviembre de 2004). Sentencia caso 15057, 52001-23-31000-6874-01
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (22 de abril de 2004). Concepto 1.558. [CP Gustavo Eduardo Aponte Santos]

- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda. (2 de octubre de 2008). Sentencia 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08). [CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].
- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. (25 de mayo de 2011). Sentencia 15838, 18075, 25212 acumulados., 15838, 18075, 25212 acumulados (Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08789-01. [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (10 de junio de 2010). Sentencia 0652-08. [CP María Angela Lerma Perlaza].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (4 de octubre de 2018). Sentencia SUJ-013-S2, 050012333000201300741-01.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (22 de noviembre de 2012). Sentencia Radicación: 05001-23-31-000-2006-03456-01 (0448-2012).
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. (13 de agosto de 2020). Sentencia 1997-16.
- Constitución política de Colombia [Const.]. (20 de julio de 1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de noviembre de 2019). Sentencia T-531, Expediente T-7.346.498. [MP Alejandro Linares Cantillo]
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de febrero de 2018). Sentencia C-005, Acumulados T-6.027.321, T-6.029.414, T-6.294.392, T-6.384.059, T-6.356.241, T-6.018.806, y T-6.134.961. [MP Carlos Bernal Pulido]
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 2016). Sentencia SU 406, Expediente T-5.351.244. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de septiembre de 2015). Sentencia SU-567, Expediente T-4431479. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de agosto de 2015). Sentencia T-538, T-4.899.506. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de enero de 2014). Sentencia T-730 de 2014, Expediente T-4318396. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de agosto de 2011). Sentencia C-634, expediente D-8413. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

- Corte Constitucional de Colombia. (22 de agosto de 2006). Sentencia T-701, expediente T-1.339.938. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2006). Sentencia C-111 de 2006, expediente D-5899 [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional de Colombia. (22 febrero de 2006). Sentencia C-111, expediente D-5899. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2005). Sentencia C-818. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional de Colombia. (8 de noviembre de 2001). Sentencia C-1176, expediente D-3531. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de mayo de 2000). Sentencia C-565, D-2643. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de marzo de 2000). Sentencia T-259, expediente T-259426. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional de Colombia. (20 de abril de 1995). Sentencia C-168, Expediente No. D-686 [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de marzo de 1994). Sentencia T-230, Expediente T-28319. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Echandía, H. D. (1998). *Compendio de derecho Procesal*. (Tomo I). (6 ed.). Bogotá D.C.: ABC.
- Presidencia de la República de Colombia. (31 de diciembre de 2004). Fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. [Decreto 4433 de 2002]. DO: 45.778.
- Presidencia de la República de Colombia. (14 de septiembre de 2000). Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. [Decreto 1794 de 2000]. DO: 44.161.
- Presidencia de la República de Colombia. (14 de septiembre de 2000). Modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. [Decreto Ley 1790 de 2000]. DO: 44.161.
- Presidencia de la República de Colombia. (14 de septiembre de 2000). Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. [Decreto Ley 1793 de 2000]. DO: 44.161.

- Presidencia de la República de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [Decreto 2591 de 1991]. DO: 40.165.
- Presidencia de la República de Colombia. (8 de junio de 1990). Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. [Decreto 1211 de 1990]. DO: 39.406.
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de enero de 1984). Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO: 36.439.
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de noviembre de 1968). Modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares. [Decreto 2728 de 1968]. DO: 32.721.
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de agosto de 1950). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950].
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/pensi%C3%B3n>
- Rentería Asprilla, Y. (2021). Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado y su aplicación en el tiempo. (Trabajo de Grado). Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA. Medellín.
- Torres, S. E. (2018). *Vicisitudes de la conciliación prejudicial en los procesos contencioso administrativos*. (Tesis de Grado). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.