

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara los derechos a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y a la dignidad / PERJUICIO IRREMEDIABLE - Los accionantes son dos personas de avanzada edad que no cuentan con los recursos mínimos de subsistencia y padecen enfermedades crónicas que les impiden trabajar para poder subsistir / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - Por razones de equidad y favorabilidad, y teniendo en cuenta la situación de debilidad manifiesta de los padres del causante se ordena el reconocimiento

[E]ncontrándonos en el ámbito constitucional, es deber garantizar los derechos fundamentales y en concreto reconocer que aunque el solo fallecimiento del señor [E.E.C.S.] no tiene la connotación suficiente para materializar por sí mismo el otorgamiento de la pensión de sobreviviente a sus padres, a éstos, a través de los fines esenciales del Estado, debe garantizárseles sus derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, máxime cuando quedó demostrado que dependían económicamente del causante (...), requisito que junto con el cumplimiento de semanas cotizadas son los que deben verificarse por la autoridad judicial para determinar si son acreedores al derecho a una pensión de sobrevivientes a la luz del artículo 46 Ley 100 de 1993, (...). Así las cosas, se tiene que el Ejército Nacional, calificó un tiempo de servicio de un (1) año, dos (2) meses y once (11) días al señor [E.E.C.S.], razón por la cual es posible afirmar que completó el tiempo de cotización exigido por el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Por lo anterior, es dable aplicarle el régimen general a los accionantes, por razones de equidad y favorabilidad, teniendo en cuenta su situación de debilidad manifiesta y para evitar la acusación de un perjuicio irremediable. En consecuencia, esta Sala de Subsección revocará la sentencia de 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar, ordenará a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión siguiendo lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y con la actualización del promedio devengado por el causante en el último año de servicios, hasta la fecha, con el propósito de corregir el impacto del fenómeno inflacionario. Sin embargo, el reconocimiento de esta prestación no se hará con efectos retroactivos, pues como claramente lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, no pueden hacerse exigibles las mesadas anteriores en sede de la acción de tutela, por tratarse de un asunto cuya definición corresponde exclusivamente al juez ordinario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 6 NUMERAL 1 / LEY 100 - ARTÍCULO 46 / LEY 797 DE 2003/ DECRETO 2063 DE 1984 - ARTÍCULO 122

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a los requisitos específicos para la procedibilidad de la acción de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencia de 3 de diciembre de 2013, exp. T-889, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre el requisito de subsidiariedad, ver: Corte Constitucional, sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp. C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia 30 de mayo de 2001, exp. SU-544 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia de 13 de noviembre de 2003, exp. SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia de junio 15 de 1993, exp.T-225, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia de 5 de diciembre de 2000, exp. T-1670, M. P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. T-827, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, sentencia 22 de julio de 2004, exp. T-698, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras y consultar: Consejo de Estado, sentencia del 5 de mayo de 2014, exp. 19001-23-33-000-2014-00061-01, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En cuanto a las normas sobre el servicio militar obligatorio, ver: Consejo de Estado - Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, exp. 81001-23-33-000-2014-00036-01 (2405-2015), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 08001-23-33-000-2017-00230-01(AC)

Actor: IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

La Sala de Subsección decide la impugnación presentada por la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y el señor LILO JACOB CAMARGO LARA, mediante apoderado, contra la sentencia de 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Escritural, que rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y a la dignidad, presentada por la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y el señor LILO JACOB CAMARGO LARA, mediante apoderado, se fundamenta en los siguientes:

1. HECHOS

Los accionantes manifestaron en el escrito de tutela radicado el 7 de julio de 2017, qué:

1.1. El 20 de mayo de 1986, el cabo segundo del Ejército EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ, hijo la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y del señor LILO JACOB CAMARGO LARA, falleció dentro de las

instalaciones del ALOJAMIENTO DE TROPA del Batallón de Infantería No. 14 “Ricaurte” en la Ciudad de Bucaramanga.

1.2. Según la necropsia, fue herido con arma de fuego de la institución militar a manos de uno de sus compañeros, al que se le disparó el arma que manipulaba, hecho que le causó la muerte, momento para el cual contaba con un tiempo de servicio de un año, dos meses y once días.

1.3. El 17 de septiembre de 2015, la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO, solicitó copia del expediente prestacional a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el cual fue entregado el 19 de octubre de 2015 en 88 folios, firmado por el Coordinador del Archivo General NESTOR ADRIAN GUARNIZO ROJAS, el 6 de noviembre de 2015.

1.4. El 7 de julio de 2016, la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a través de petición radicada No. EXT16-65682 del 15 de julio de 2016 en la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa.

1.5. El 7 de octubre de 2016, la Dirección expidió la Resolución No. 4074, en la que alegó que de acuerdo con el artículo 183 del Decreto 89 de 1984, no se consolida el derecho a la pensión de sobrevivientes solicitada, por no cumplir el presupuesto legal del tiempo de servicio.

1.6. El 1º de diciembre de 2016, la señora SÁNCHEZ DE CAMARGO interpuso recurso de apelación en contra de la resolución precitada, el cual fue rechazado por improcedente por extemporaneidad en la interposición del mismo.

1.7. Mediante escrito de 13 de enero de 2017, el señor LILO JACOB CAMARGO LARA radicó petición ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, la que, mediante Resolución No. 0835 de 2017, también negó lo solicitado.

1.8. Los accionantes se encuentran en delicado estado de salud, así como en una situación socioeconómica inestable, puesto que derivaban su sustento diario de su hijo.

2. PRETENSIONES

Solicitaron los accionantes lo siguiente:

«1. A ruego, se solicita TUTELAR el derecho a la seguridad social – pensión de sobreviviente, amparo constitucional que se invoca en protección de los derechos fundamentales a la vida (adulto mayor) en condiciones dignas, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social, la dignidad humana, la igualdad y el debido proceso de IRENE DEL SOCORRO CAMARGO SÁNCHEZ, y LILO JACOB CAMARGO LARA, adultos mayores, en calidad de padres del fallecido Cabo Segundo del Ejército Nacional, Camargo Sánchez Edgar Eliecer, asesinado el 20 mayo de 1986, a mano de su compañero Marcelino Valero.

2. Que como consecuencia se reconozca y pague con retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada a la fecha en que se produzca el fallo, dando aplicación al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.» (Fols. 2)

3. INFORMES

Mediante auto de 12 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Escritural admitió la acción de tutela de la referencia y notificó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, para que dentro del término de los tres (3) días siguientes al recibo de la notificación, se pronunciara sobre los hechos que originaron la solicitud de tutela y ejerciera su derecho de defensa. (Fols. 221 y vto.)

3.1. La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, a través de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales indicó que mediante las Resoluciones No. 4047 de 7 de octubre de 2016, 0835 de 28 de febrero de 2017 y 1958 de 18 de mayo de 2017, se estableció que no hay lugar a la solicitud de pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Cabo Segundo del Ejército Nacional EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ, a favor de los señores IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y LILO JACOB CAMARGO LARA.

En las resoluciones anteriores se indicó los fundamentos tanto de hecho como de derecho por los cuales no procede el reconocimiento pensional, toda vez que la muerte ocurrida al señor EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ, fue en simple actividad.

Lo anterior, por cuanto el Decreto 89 de 1948, se determinó que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se causa siempre y cuando el Suboficial hubiera cumplido quince (15) o más años de servicio, aspecto que no se encontró demostrado respecto del causante.

En razón de lo anterior, dijo que los accionantes cuentan con la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir sus pretensiones y no la acción de tutela, que se entiende como un procedimiento residual.

4. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Escritural, mediante sentencia de 24 de julio de 2017, rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la parte accionante.

Estableció que la acción, si bien persigue la protección de un derecho fundamental, presuntamente vulnerado por la acción directa de la entidad demandada, la sola violación del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción, no hace procedente este mecanismo de protección, pues la tutela solo procede de manera subsidiaria y por lo tanto no puede utilizarse para reemplazar otros medios de defensa que puedan ser ejercitados por los accionantes.

Finalmente, concluyó el *a quo* que la parte accionante tiene un mecanismo de defensa judicial para oponerse a la actuación de la entidad accionada y por lo tanto el asunto en cuestión, puede ventilarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

5. IMPUGNACIÓN

La señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y el señor LILO JACOB CARMARGO, a través apoderado, presentaron impugnación del fallo de primera instancia argumentado que el mismo no se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela, ni al derecho solicitado, por error tanto de hecho como de derecho en el examen y consideración de la petición solicitada.

Manifestaron además, que la sentencia de 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala Escritural, se funda en consideraciones diferentes al objeto de la pretensión principal que es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

Recibido el expediente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala de Subsección conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991¹, en cuanto estipula que *“presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a responder:

- ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los señores IRENE DEL SOCORRO CAMARGO SÁNCHEZ, y LILO JACOB CAMARGO LARA, en calidad de padres del fallecido ÉDGAR ELIÉCER CAMARGO SÁNCHEZ, quien murió el 20 mayo de 1986, a manos de un compañero de la Institución, mientras se desempeñaba como Cabo del Ejército Nacional?

3. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

3.1. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una entidad pública de cualquier índole o de los particulares, cuya conducta represente una afectación grave a derechos fundamentales.

Al respecto, el artículo 6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991 establece dentro de las causales de improcedencia de la tutela, «cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 encuentra el solicitante», en aras de respetar la división de competencias delineada por la Carta y el principio de especialidad de la jurisdicción.

La Corte Constitucional ha reiterado en diversas jurisprudencias que la acción de tutela debe cumplir con ciertos requisitos específicos para su procedibilidad, manifestó que debe: «(i) [presentar] relevancia constitucional, en cuanto sea una cuestión que plantea una discusión de orden constitucional al evidenciarse una afectación de un derecho fundamental; (ii) inmediatez, en cuanto la acción de tutela se concibe como un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iii) subsidiariedad, en razón a que este mecanismo sólo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela.»²

Por lo tanto, el principio de subsidiariedad constituye un requisito fundamental para la procedibilidad de la acción de tutela, frente a eso la Corte Constitucional señaló que «para que la tutela (...) proceda al ser interpuesta por una persona se debe cumplir con las exigencias de que el actor (i) no disponga de otro medio de defensa judicial para proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales vulnerados; o (ii) que existiendo otro medio de defensa judicial, se presenten dos eventos: (a) que el mecanismo no sea idóneo para el amparo de los derechos

² Corte Constitucional. Sentencia T 889 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

afectados, de manera que la tutela los proteja de forma directa; o (b) que la tutela sea un mecanismo transitorio para que se evite un perjuicio irremediable.»³

El Consejo de Estado estableció que la acción de tutela es una acción de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual para debatir asuntos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es improcedente, porque su objeto se encuentra definido de forma plena en el artículo 104 del C.P.A.C.A., que le otorga «además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originado en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.»⁴

3.2. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El desconocimiento del precedente judicial ha sido considerado por la doctrina constitucional como una de las causales constitutivas de vías de hecho, que se configura cuando no se aplica ante un mismo supuesto fáctico o caso similar, una misma razón de derecho que se haya adoptado en otro caso de igual naturaleza, a menos que el juez de la causa lo justifique de manera razonada.

Es de anotar que la misma jurisprudencia constitucional ha clasificado el precedente jurisprudencial en razón de la jerarquía que presentan las autoridades judiciales. Por tanto, los fallos no sólo se comparan en relación con juzgadores del mismo nivel, sino que también se hace tomando de referente las decisiones de sus superiores. El primero de ellos considerado como en sentido horizontal y el segundo en sentido vertical.

Para lo que al asunto interesa, en cuanto al precedente vertical ha establecido la Corte Constitucional, que con todo, también existe la posibilidad de que un funcionario judicial pueda apartarse de su propio precedente, teniendo en cuenta los caracteres instrumental y sustancial, referentes al órgano que realiza el cambio de precedente y las condiciones de realización del mismo.

³ Consultar Sentencias C-1225 de 2004, SU-544 de 2001, SU-1070 de 2003, T-225 de 1993, T-1670 de 2000, T-827 de 2003, T-698 de 2004 de la Corte Constitucional, entre otras.

⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 5 de mayo de 2014. Radicación No: 19001-23-33-000-2014-00061-01. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En ese sentido, es viable que dentro de un mismo cuerpo Colegiado los Magistrados se aparten de las decisiones constitutivas del precedente o el de otra Sala, siempre y cuando expongan en su decisión los argumentos razonables que sirvieron de fundamento para ello, resguardando de esta forma tanto las exigencias de igualdad como las garantías de independencia judicial exigidas.

Ahora bien, las reglas de derecho que por su carácter amplio y general inspiran el sentido de una decisión, configuran criterios que el juez de instancia puede adoptar y/o adaptar para encontrar una solución al caso pendiente de fallo, pero no resultan en ningún modo obligatorios.

Como se ve, la imposición de aplicar la misma regla que solucionó un caso del pasado al posterior, depende de si los supuestos de hecho de los dos asuntos son similares. Pero, las pautas que se presentan más generales son solamente una guía para el juez, que le puede indicar una de varias formas de fallar. Ha dicho la Corte que:

«(...) el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho».

Igualmente, se debe tener en cuenta que de manera general el precedente judicial no lo conforma un sólo caso, sino como se dijo, una serie de pronunciamientos que la mayoría de las veces evolucionan hacia reglas más claras, que definen con mayor especificidad su alcance.

Por último, en virtud de la autonomía interpretativa con que cuentan los jueces, puede aceptarse tanto en el precedente horizontal, como en el vertical, que las distintas Salas de Decisión se aparten de los precedentes judiciales, sólo si exponen unas razones debidamente fundadas, que justifiquen tal criterio.

3.2.1. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE. PLANTEAMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN O SUBSECCIÓN	FECHA	SUSTENTO FÁCTICO	DECISIÓN
<p>Sección Segunda – Subsección B, CP Jesús María Lemos Bustamante. Radicación N° 52001-23-31-000-2006-00125-01 (1645) Accionante: Aura Polindara de Jesús. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional</p>	29 de mayo de 2008	<p>El Agente Pedro Antonio de Jesús Polindara prestó servicio como Agente por espacio de 8 meses y 28 días hasta el día de su fallecimiento, el 12 de agosto de 1981, cuando se encontraba vigente el Decreto 609 de 1977 que, en su artículo 82, literal c), exigía que para que los beneficiarios adquirieran derecho a pensión de sobrevivientes el uniformado debería acreditar 12 años o más de servicio. Pide aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.</p>	<p>Confirmó la sentencia de primera instancia en tanto negó las pretensiones de la demanda pues los hechos ocurrieron el 12 de agosto de 1981 cuando no había sido expedida la Ley 100 de 1993 y se encontraba vigente el Decreto 609 de 1977, aplicable al caso, por tal motivo no es posible la aplicación del principio de favorabilidad al caso en estudio.</p>
<p>Sección Segunda – Subsección A, CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Radicación N° 25000-23-25-000-2007-00832-01(0548-09) Accionante: Eulalia Guerrero de Orjuela Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional</p>	29 de abril de 2010	<p>El señor José Celedonio Orjuela Álvarez ingresó a la Policía Nacional desde el 18 de septiembre de 1958 y falleció el 6 de octubre de 1970, momento en el que ostentaba el grado de Agente Conductor, completando un tiempo total de</p>	<p>Confirma sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, dando aplicación al Decreto 3135 de 1968 y retrospectivamente a la Ley 12 de 1975, pues sin duda alguna, si el fallecido Agente cumplía los</p>

		<p>servicios de 12 años, 3 meses y 15 días.</p> <p>Se le negó la prestación con base en el Régimen Especial de la Policía Nacional contenido en el Decreto 3187 de 1968, en virtud del cual se exige un mínimo de 15 años de servicios a la Entidad.</p> <p>Pide aplicación del Decreto 3135 de 1968 y la Ley 12 de 1975</p>	<p>requisitos para acceder a la pensión y sustituirla a sus causahabientes de conformidad con el régimen general y no a la luz del régimen especial que le gobernaba.</p> <p>Todo ello a luz del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, para la aplicación preferente del régimen general en favor del derecho que asiste a sus beneficiarios.</p>
<p>Sección Segunda – Subsección B, CP Bertha Lucia Ramírez de Páez</p> <p>Radicación N° 05001-23-31-000-2004-05492-01(2711-08)</p> <p>Accionante: LUZ MARY BEDOYA MARULANDA</p> <p>Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional</p>	<p>12 de mayo de 2011</p>	<p>El Causante Julio Alberto Basante Portilla, se desempeñó como Agente Profesional de la Policía Nacional, durante 5 años, 9 meses y 15 días y falleció el 29 de abril de 1991. La muerte fue calificada como ocurrida en Actos Simples del Servicio y por tanto, según lo dispuesto en el Decreto 1213 de 1990, los beneficiarios son acreedores de una pensión de jubilación sólo si el causante hubiere</p>	<p>Revocó la sentencia y accedió a las pretensiones de la demanda.</p> <p>Con base en que quedó demostrado que el causante prestó sus servicios como Agente de la Policía Nacional durante 5 años, 9 meses y 15 días hasta el 28 de abril de 1991, fecha de su muerte, superó el mínimo de 26 semanas establecido en la Ley 100 de 1993. Por ello, resultaba procedente</p>

		<p>completado 15 o más años de servicio.</p> <p>Pide aplicación de la Ley 100 de 1993</p>	<p>ordenar el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes a favor de la demandante, en calidad de cónyuge supérstite del causante, y de sus hijos menores de 18 años, en el monto establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.</p>
<p>Sección Segunda – Subsección B, CP Hernando Alvarado Ardila</p> <p>Radicación N° 05001-23-76001-23-31-000-2006-03674-01(1077-12 Accionante: MARLENY VALENCIA LOPEZ Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional</p>	<p>1° de noviembre de 2012</p>	<p>El Agente (f) Nelson de Jesús Palacios Moreno falleció el 14 de noviembre de 1992, fecha para la cual había prestado sus servicios a la Policía Nacional durante 12 años, 7 meses y 9 días. Se pide aplicación de la Ley 100 de 1993, prevalente frente al Decreto 1213 de 1990.</p>	<p>Se confirmó la sentencia que accedió a las pretensiones al verificar que tratándose de las prestaciones sociales, y en casos excepcionales, por razones de justicia y equidad se hace necesaria la aplicación retrospectiva de la ley. Esta posición permite efectivizar derechos mínimos respecto del acceso a la seguridad social, pues una interpretación diversa impide tener la oportunidad de beneficiarse de las nuevas prerrogativas creadas por el legislador en</p>

			<p>orden a proteger a los asociados en esta materia, la cual, por su naturaleza, es altamente sensible al tejido social y materializa los postulados inherentes al Estado Social de Derecho.</p> <p>Consideró que la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, era racional y proporcionado y así se permitía el acceso a un derecho prestacional que, como ocurre con la pensión de sobrevivientes, le proporciona al pensionado un medio de subsistencia en condiciones dignas.</p>
<p>Sección Segunda – Subsección B, CP Gerardo Arenas Monsalve</p> <p>Radicación N° 05001-23-31-000-2008-01384-01(0998-12)</p> <p>Accionante: DONELLY CARO USUGA</p> <p>Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional</p>	<p>7 de febrero de 2013</p>	<p>El 24 de diciembre de 1992 se registró la muerte del Agente Carlos Mario Castro Hoyos calificada en actividad, con 7 años 9 meses y 11 días en que éste prestó sus servicios a la Policía Nacional. Como la muerte fue calificada en simple actividad le</p>	<p>Confirma decisión que accedió a las pretensiones de la demanda al observar que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes</p>

		<p>fue negó la pensión por considera que no reunió los 15 años de servicios que exige el artículo 121 del Decreto 1213/90, es decir en simple actividad. Se pretendió aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993</p>	<p>que los establecidos por el Decreto 1213 de 1990. Por ello, consideró que si bien el régimen especial aplicable a los Agentes de la Policía Nacional y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación admitieron la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones.</p>
<p>Sección Segunda – Subsección B, CP Bertha Lucia Ramírez de Páez</p> <p>Radicación N° 05001-23-31-000-2008-00975-01(2285-12)</p> <p>Accionante: ALEIDA MARIA PALACIO</p> <p>Demandado: Ministerio</p>	<p>4 de julio de 2013</p>	<p>Agente (f) JOSE MAURO CRIOLLO YAQUENO (q.e.p.d.), falleció el 27 de diciembre de 1990, con 5 años, 2 meses y 11 días, de servicios, en un accidente de tránsito, muerte que fue calificada</p>	<p>Niega las pretensiones de la demanda conforme a lo señalado por la Corporación en sentencia de la Sección Segunda de ésta Corporación de 25 de abril de 2013, por el Consejero</p>

de Defensa - Policía Nacional		en "ACTIVIDAD". La entidad negó la prestación al señalar que el deceso ocurrió dentro del marco del artículo 122 del Decreto 1213 de 1990, esto es "Muerte en actos del servicio", por lo que no tenía derecho al reconocimiento pretendido. Se pretendió aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.	Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del expediente radicado con el No. 1605-09
Sección Segunda – Subsección A, CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Radicación N° 8800123310002012000 0201. (1756-12) Accionante: LUZ MARINA HOWARD SALGUEDO Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional	22 de agosto de 2013. Notificado a por edicto desfijado el 1 de octubre de 2013	El señor José Jair Peñafiel ingresó a la Policía Nacional, y prestando sus servicios como agente en el Departamento de San Andrés falleció en actividad el 12 de marzo de 1994. En la demanda se indica que laboró durante 11 años en la Policía Nacional y en todo ese tiempo aportó al sistema de seguridad social, por lo tanto debe aplicarse al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y no lo dispuesto en el Decreto 1213 de 1990 que, a pesar de ser el régimen especial	Consideró que debía confirmarse la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones al considerar que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, debía aplicarse de forma retrospectiva al caso materia de controversia, en virtud del principio de favorabilidad que debe observarse en materia de derechos laborales y de seguridad social, en tanto el hecho de ser sujeto de un régimen pensional especial no puede convertirse en un obstáculo para

		<p>prestacional aplicable a los agentes de policía, resulta menos favorable.</p>	<p>acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para las personas a quienes se aplica el régimen general.</p> <p>Se añadió que el tiempo que llevaba vinculado a la institución y cotizando evidenciaba, que con creces contaba con más de las 26 semanas exigidas en el artículo 46 de la citada ley.</p> <p>Pero estableció que por principio de seguridad jurídica, la aplicación retrospectiva de la ley general de seguridad social en materia pensional, debía ser limitado en el tiempo, y como no existe uno fijado, estimó aplicable el previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, término que se contará a partir de la entrada en vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 a nivel nacional y 30 de</p>
--	--	--	--

			junio de 1995 a nivel territorial ⁵ , y cubre casos cuyos supuestos se hayan estructurado dentro de los tres (3) años anteriores a dicha fecha.
Sección Segunda, CP LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Radicación Nº 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09) Accionante: MARÍA EMILSEN LARRAHONDO MOLINA Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional	25 de abril de dos mil trece	El señor Reyes laboró al servicio de la Policía Nacional en calidad de agente, durante 5 años, 6 meses y 3 días Y El 19 de octubre de 1985 falleció. En el año anterior a su fallecimiento cotizó más de 26 semanas, lo que da lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecida en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.	Cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho. Por lo anterior, decidió rectificar la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012 , en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley

⁵ Ver artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

			nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.
--	--	--	--

3.2.2. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE. PRONUNCIAMIENTO CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en sentencia T- 587 de 2012, señaló que las normas que consagran la figura de pensión de sobrevivientes son aplicables de manera retrospectiva a situaciones consolidadas con anterioridad a su vigencia, en virtud del principio constitucional de favorabilidad, ya que de no darse esta aplicación se verían vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social, específicamente a la pensión de sobrevivientes y el mínimo vital de los solicitantes.

Asimismo, la sentencia T- 004 de 2015, resaltó que el derecho a la pensión de sobrevivientes, propende garantizar que el núcleo familiar del afiliado, pueda disfrutar de los beneficios de una prestación económica, que fundada en principios de justicia retributiva, equidad, reciprocidad y solidaridad, garantizan el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos ante el fallecimiento del familiar que constituía un sostén económico, de forma en que no se disminuyan sus condiciones de vida, dando así protección a las familias como núcleo esencial de la sociedad y mantener, para sus integrantes al menos el mismo grado de seguridad social y económica.

Finalmente, la sentencia T- 564 de 2015, señaló que frente a las diversas líneas jurisprudenciales planteadas sobre el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, era necesario resolver las problemáticas planteadas conforme a una posición que resultara formalmente más acorde a los principios constitucionales, al respecto indicó:

«(...) resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable admitir que el núcleo familiar de un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, que realizó sus cotizaciones durante una cantidad considerablemente elevada de años, se vea imposibilitado para acceder al reconocimiento de una prestación básica que, como se indicó con anterioridad, se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad humana y se constituye en uno de los ejemplos por excelencia de la función y naturaleza del derecho a la seguridad social.

Ello, en cuanto el único elemento que permite diferenciar entre la situación jurídica de quienes desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 pueden llegar a beneficiar a sus familiares con una pensión de sobrevivientes (tras la acreditación de tan solo 50 semanas en los 3 años anteriores a su fallecimiento) y quienes se encuentran en las condiciones objeto de estudio en la presente providencia, es precisamente el momento en que ocurrió o se causó la fatalidad. Elemento que no debería tener injerencia alguna en la constitución de un derecho de esta envergadura y trascendencia.»⁶

Así mismo señaló:

«(...) a la luz de la concepción actual de los principios de dignidad humana, justicia material, solidaridad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y los fines esenciales del Estado, así como de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, resulta necesario concluir que nos enfrentamos a un evidente déficit de protección que requiere de la inmediata intervención del Estado y justifica que se entienda como no consolidada la situación jurídica de estas personas; de forma que quienes constituyen este especial sector de la población puedan ser sujetos de la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual y, así, se permita el surgimiento de este derecho pensional en cabeza del núcleo familiar del afiliado.»⁷

Lo anterior por considerar lo siguiente:

⁶ Sentencia T – 564 de 2015

⁷ Ibídem

«(...) como producto del (1) anormal vacío regulatorio que existía en relación con una institución que permitiera mitigar los efectos del acaecimiento de esta especial contingencia; (2) el desproporcionado e irrazonable estado de desprotección en el que, como producto de dicho vacío, se encuentran inmersos; y (3) la ausencia de resolución definitiva del conflicto.»⁸

4. CASO CONCRETO

El presente caso, los señores IRENE DEL SOCORRO CAMARGO SÁNCHEZ, y LILO JACOB CAMARGO LARA, interponen acción de tutela contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL con el fin que se les ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del fallecido ÉDGAR ELIÉCER CAMARGO SÁNCHEZ, quien murió el 20 mayo de 1986, a manos de un compañero, mientras se desempeñaba como Cabo Segundo del Ejército Nacional.

La señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a través de petición radicada No. EXT16-65682 del 15 de julio de 2016 en la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, quien mediante la Resolución No. 4074 de 7 de octubre de 2016 negó el reconocimiento solicitado por no cumplir el presupuesto legal del tiempo de servicio.

Asimismo, mediante escrito de 13 de enero de 2017, el señor LILO JACOB CAMARGO LARA radicó petición ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, que mediante Resolución No. 0835 de 2017, también negó lo solicitado.

Ahora bien, revisadas las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que la señora IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO tiene 69 años y padece de hipertensión arterial crónica, artrosis y polialtragias con tratamiento médico continuo, enfermedad que requiere medicinas no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y en muchas ocasiones no cuenta con los recursos para comprarlas. (Fol. 73)

Por su parte, el señor LILO JACOB CAMARGO LARA tiene 75 años de edad y padece hipertensión arterial e insuficiencia renal, con un tratamiento que no puede dejar de prestarse porque comprometería su vida. (Fols. 68-78)

⁸ *Ibidem*

Después de estudiados los hechos y analizadas las pruebas, se entendería que la situación jurídica del señor EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ, y la de su núcleo familiar, en este caso sus padres, se consolidaría en el momento de su fallecimiento, por lo que, desde un punto de vista jurídico formal, las pretensiones resultarían improcedentes, ya que debería verificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos del Decreto 2063 de 1984, vigente al momento del deceso del señor CAMARGO SÁNCHEZ, el cual establecía lo siguiente:

«ARTÍCULO 122. MUERTE EN ACTOS MERITORIOS DEL SERVICIO. Durante la vigencia del presente estatuto, el Agente de la Policía nacional que muera en servicio activo y en actos meritorios del servicio o encontrándose en acciones de orden público, o por razón de combate o conflicto internacional, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, cualquiera que fuere el tiempo de servicio. Además sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una indemnización equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 de este estatuto.

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

Si el Agente hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado conferido póstumamente.»⁹

No obstante, es necesario entender que la situación de sus padres sobrevivientes, accionantes de esta acción, no han encontrado una resolución definitiva a su situación, por lo que a la luz del derecho material, los principios de equidad y dignidad humana, es posible dar aplicación a lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con el fin de evitar los efectos inconstitucionales que tienen lugar en la actualidad como consecuencia de la falta de determinación jurídica en ese entonces 1986.

Al efecto, debe esta Sala de Subsección resaltar que, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la creación de un catálogo de derechos

⁹ Decreto 2063 de 1984, artículo 122

fundamentales, se establecieron principios que deben ser seguidos por los operadores jurídicos, entre ellos el deber de estudiar las condiciones particulares de cada caso al resolver una acción de tutela con el fin de que se evite la configuración de un perjuicio irremediable, como en el presente, donde los accionantes son dos personas de avanzada edad que no cuentan con los recursos mínimos de subsistencia y padecen enfermedades crónicas que les impiden trabajar para poder subsistir.

Asimismo, este tema ya ha sido analizado por esta Sala de Subsección, en la sentencia de 14 de septiembre de 2017¹⁰, en la cual se señaló:

«(...) de conformidad con lo reglado en el artículo 3 de la Ley 131 de 1985¹¹, los soldados voluntarios, a partir de su vinculación, quedan sometidos a los regímenes penal, disciplinario, prestacional y demás normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las fuerzas militares¹².

De igual manera, esta Sala de Decisión debe poner de presente que el marco legal del régimen prestacional por muerte en combate de miembros de las Fuerzas Militares (i) en un primer momento diferenció entre soldados voluntarios y personal con la calidad de oficiales y suboficiales, y (ii) que con el trasegar del tiempo han cambiado las prestaciones específicas a reconocer y pagar con cargo al tesoro de la Nación tras el acontecimiento de esta contingencia.

Dicho esto, se procederá a realizar un breve recuento de las normas jurídicas que han regulado la materia.

En el año 1968, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias a él conferidas por la Ley 65 de 1967¹³, profirió el Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares»; decreto que al tenor de su artículo 8 dispuso, entre otros

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01 (2405-2015). Actor: Oliva Silva. Demandado: Nación, Ministerio De Defensa Nacional, Ejército Nacional.

¹¹ «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario»

¹² «Artículo 3. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al **Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones** para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.» **(Negrilla y subrayado fuera de texto).**

¹³ «Por el cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se prevee [sic] al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas»

y específicamente en lo que atañe al caso concreto, que el soldado voluntario que fallezca en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público, (a) tiene derecho a ser ascendido de forma póstuma al grado de Cabo segundo y (b) sus beneficiarios tendrán derecho a (i) una compensación por muerte y (ii) el pago doble de las cesantías definitivas del causante.

Dicho artículo dispone expresamente lo siguiente:

«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.» **(Negrilla y subrayado fuera del texto).**

Posteriormente, el Decreto 1211 de 1990¹⁴, en su artículo 189¹⁵, estableció el régimen prestacional por muerte en combate aplicable al personal que ostentare la dignidad de oficial y/o suboficial de las Fuerzas Militares, según este a la muerte de un oficial o suboficial de las FF. MM., en servicio activo,

¹⁴ «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares».

¹⁵ «Artículo 189. Muerte en combate. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

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

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

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

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

en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público (es decir, en los mismos términos del Decreto 2728 de 1968), (a) se tiene derecho ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior y (b) sus beneficiarios tendrán derecho a (i) una compensación por muerte, (ii) el pago doble de las cesantías por el tiempo de servicio del causante, y (iii) una pensión mensual (pensión de sobreviviente) cuyo monto varía de acuerdo al tiempo que el causante tuviese de servicio.

Sobre este decreto, merece igual atención el artículo 5, toda vez que en este se establece que el grado Cabo segundo corresponde jerárquicamente a un suboficial del Ejército Nacional y por tanto se encuentra sujeto a las obligaciones y derechos de ese estatuto; el tenor literal de este artículo reza:

«La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente: [...] **II. SUBOFICIALES. EJERCITO. Sargento Mayor, Sargento Primero, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero, **Cabo segundo** [...]» (Negrilla y subrayado fuera del texto).**

Luego, para el año de 1998, el legislador profirió la Ley 447 de ese mismo año¹⁶, en la cual (i) reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes, a favor de los beneficiarios de la persona vinculada a las fuerzas armadas y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, cuya muerte acaezca en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de la conservación o restablecimiento del orden público, y (ii) se suprimió «la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones», refiriéndose a las pensiones de sobrevivencia por muerte en combate.

Sobre este marco legal, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones, estableciendo una clara línea jurisprudencial sobre la materia. Es así como en sentencia de 1° de abril de 2004, esta Sala de Subsección, con ponencia del doctor NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, sostuvo que:

«[...] es cierto que el artículo 8° del referido estatuto 2728 no contempló como prestación a favor de los beneficiarios legales, la pensión en el caso de muerte del soldado en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, y que tal

¹⁶ « Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.»

derecho lo establece el decreto ley 1211 de 1990 cuando fallecen en esas condiciones los oficiales y suboficiales.

Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional.»¹⁷ [Corchetes fuera del texto]

Posteriormente, esta tesis fue ratificada por la Subsección B de la Sección Segunda de esta corporación, en proveído de 30 de octubre de 2008 con ponencia de la doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, en la cual se explicó que:

«De conformidad con la jurisprudencia en cita [refiriéndose a la sentencia de 1 de abril de 2004], los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate (fl. 2) tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).»¹⁸ [Corchetes fuera del texto]

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 07001-23-31-000-2001-01619-01 (1994-2003). Consejero ponente doctor NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Rad. 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-2005). Consejera ponente doctora BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.

Igualmente, en sentencia de 7 de julio de 2011 con ponencia del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, en la que se estudió un caso similar al del proceso de la referencia, se señaló lo siguiente:

«Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicaron como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

[...]

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida [sic] para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

[...]

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del

territorio nacional y el orden constitucional.»¹⁹ [Corchetes fuera del texto]

En providencia de 2 de agosto de 2012 con ponencia del doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, se replica la postura jurisprudencial aquí reseñada, cuando dispuso que:

«En atención a la aludida directriz jurisprudencial [refiriéndose a la sentencia de 7 de julio de 2011], en consonancia con el artículo 4⁴ de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.»²⁰ [Corchetes fuera del texto]

Recientemente, en sentencia de 18 de febrero de 2016 con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, fue recogida la mencionada línea jurisprudencial sobre la materia; en esta providencia se sostuvo expresamente que:

«Así las cosas, es claro que en el presente caso existe duda seria y razonable en relación con la norma que se ha de aplicar para la solución del problema jurídico planteado, puesto que como ya se dijo, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 contempla el pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía; al paso que el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 estipula el pago de una pensión mensual, cuya cuantía dependerá del tiempo de servicios prestado por el miembro de las Fuerzas Militares fallecido en actos del servicio. Por ende, se debe establecer cuál de las dos disposiciones legales favorece a la actora y para ese efecto, se debe acudir al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política²¹.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 7 de julio de 2011. Rad. 70001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-2009). Consejero ponente doctor GERARDO ARENAS MONSALVE.

⁴ “Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Rad. 05001-23-31-000-2002-00672-01 (1020-2010). Consejero ponente doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

²¹ “ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e in de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el

Al respecto, la Corte Constitucional²² señaló que para efectos de la aplicación de la favorabilidad, es necesaria la concurrencia de dos elementos a saber: **(i)** la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y **(ii)** la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.

Por tal razón, de conformidad con el artículo 4²³ de la Constitución Política, en el caso concreto se debe inaplicar el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, y en su lugar, aplicar el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.»²⁴

De las citas jurisprudenciales antes transcritas, se extrae la **subregla** según la cual, en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular (trátase de soldados voluntarios, vinculados para prestar el servicio militar obligatorio, oficiales y/o suboficiales) en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Por lo anterior, y encontrándonos en el ámbito constitucional, es deber garantizar los derechos fundamentales y en concreto reconocer que aunque el solo fallecimiento del señor EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ no tiene la connotación suficiente para materializar por sí mismo el otorgamiento de la pensión de sobreviviente a sus padres, a éstos, a través de los fines esenciales del Estado, debe garantizárseles sus derechos a la seguridad social, mínimo vital

descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)"

²² Sentencias T-545 de mayo 28 de 2004, M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil, y T-090 de febrero 17 de 2009, M. P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ "ARTÍCULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 18 de febrero de 2016. Rad. 66001-23-33-000-2012-00060-01 (2681-2013). Consejera ponente doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

y vida en condiciones dignas, máxime cuando quedó demostrado que dependían económicamente del causante (Fol. 3), requisito que junto con el cumplimiento de semanas cotizadas son los que deben verificarse por la autoridad judicial para determinar si son acreedores al derecho a una pensión de sobrevivientes a la luz del artículo 46 Ley 100 de 1993, que estipula lo siguiente:

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

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

(...)

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. (...)»²⁵

Así las cosas, se tiene que el Ejército Nacional, calificó un tiempo de servicio de un (1) año, dos (2) meses y once (11) días al señor EDGAR ELIECER CAMARGO SÁNCHEZ, razón por la cual es posible afirmar que completó el tiempo de cotización exigido por el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Por lo anterior, es dable aplicarle el régimen general a los accionantes, por razones de equidad y favorabilidad, teniendo en cuenta su situación de debilidad manifiesta y para evitar la acusación de un perjuicio irremediable.

En consecuencia, esta Sala de Subsección revocará la sentencia de 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar, ordenará a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión siguiendo lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y con la actualización del promedio devengado por el causante en el último año de servicios, hasta la fecha, con el propósito de corregir el impacto del fenómeno inflacionario. Sin embargo, el reconocimiento de esta prestación no se hará con efectos retroactivos, pues como claramente lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, no pueden hacerse exigibles las

²⁵ Ley 100 de 1993, artículo 46, modificada por la ley 797 de 2003

mesadas anteriores en sede de la acción de tutela, por tratarse de un asunto cuya definición corresponde exclusivamente al juez ordinario.

En mérito de lo expuesto **la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de 24 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar,

SEGUNDO.- AMPARANSE los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y a la dignidad de los señores IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y LILO JACOB CAMARGO LARA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DÉJANSE SIN EFECTOS las Resoluciones No. 4074 de 7 de octubre de 2016 y No. 1958 de 18 de mayo de 2017, proferidas por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los señores IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y LILO JACOB CAMARGO LARA.

CUARTO.- ORDÉNASE al señor MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL que, expida, en el término de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el acto administrativo de reconocimiento y pago de la pensión a favor de los señores IRENE DEL SOCORRO SÁNCHEZ DE CAMARGO y LILO JACOB CAMARGO LARA, en los términos expuestos en este fallo; lapso dentro del cual deberán ser incluidos en nómina.

QUINTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

SEXTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta Providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
COMISIÓN