

PENSION DE SOBREVIVIENTES DE SOLDADO MUERTO EN ACTOS DEL SERVICIO – Reconocimiento. Derecho a la igualdad. Derecho a la seguridad social. Inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968

Atendiendo a lo dispuesto por 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 regulares 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. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor Alfredo Evadías Pérez Tovar prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 3 años y 3 meses el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el literal d, del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem. Bajo estos supuestos, concluye la Sala que, resulta acertada la decisión del Tribunal de inaplicar en el caso concreto el Decreto 2728 de 1968 toda vez que cómo quedó visto, el artículo 8 ibídem vulneró abiertamente los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, en tanto no contemplaba la posibilidad de reconocerle a su favor una pensión de sobreviviente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2728 DE 1968 / DECRETO 1211 DE 1990 – ARTICULO 189 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09)

Actor: EVADIAS PEREZ VILLALBA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

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.”.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Sucre mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda promovida por EVADÍAS PÉREZ VILLALBA contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado voluntario Alfredo Evadías Pérez Villalba, solicitó por conducto de apoderado, la nulidad del Oficio CE-JEDEH-DIPSO-PET-117 de 25 de marzo de 2004, suscrito por el Director de Prestaciones del Ejército Nacional, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión de la muerte de su hijo en cumplimiento de actos propios del servicio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó que se ordene el reconocimiento y pago de una prestación pensional de sobreviviente a su favor, por la muerte de su hijo Alfredo Evadías Pérez Villalba quien se venía desempeñando como soldado regular en el Ejército Nacional, de acuerdo con el régimen especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública o, en su defecto, bajo el régimen general previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Pidió que, el reconocimiento de la citada prestación pensional se haga a partir del 2 de marzo de 1998, y que las sumas resultantes de las diversas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Sostuvo el demandante que el señor Alfredo Evadías Pérez Villalba ingresó al Ejército Nacional a partir del 1 de diciembre de 1994, como soldado voluntario.

Posteriormente, el 1 de marzo de 1998 en desarrollo de un enfrentamiento con grupos irregulares al margen de la ley, en el corregimiento de Tomalá, municipio

de Majagual, Sucre, el soldado regular Alfredo Evadías Pérez Villalba fue muerto en combate.

Se dice que, desde su ingreso al Ejército Nacional el soldado Alfredo Evadías Pérez Villalba se destacó por su excelente desempeño y acatamiento de órdenes, en una carrera jerarquizada.

Se argumentó que, durante todo el tiempo en que el citado soldado estuvo vinculado al Ejército Nacional efectuó aportes con destino al "Fondo Especial" razón por la cual, al momento de su muerte y, de acuerdo con lo previsto en el régimen especial de las Fuerzas Militares y el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 sus ascendientes tenían derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

El 23 de marzo de 2004 el señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado Alfredo Evadías Pérez Villalba, muerto en combate, solicitó al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. El 25 de marzo de 2004, el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante Oficio CE-JEDEH-DIPSO-PET-177 negó la referida solicitud con el argumento de que, el Decreto 2728 de 1968, aplicable al caso concreto, no preveía el reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente a favor de los ascendientes o descendientes de un soldado regular.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 11, 13, 29, 90, 46, 93, 116, 216 y 228.

Del Código Civil, el artículo 1613.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 85, 132, 135, 168, 169 y 170.

Del Código de Procedimiento Civil, los artículos 174 a 293.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 46.

De la Ley 446 de 1998, los artículos 40 y 44.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, al expedir el acto demandado, tenía la

obligación de inaplicar el Decreto 2728 de 1968 toda vez que, dicha norma vulnera abiertamente el derecho fundamental a la igualdad del demandante, en relación con los ascendientes de los oficiales y suboficiales quienes sí tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, en virtud a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990.

Así mismo precisó que, al aplicarse al caso concreto las previsiones del Decreto 2728 de 1968 se vulneró el derecho al debido proceso del señor Evadías Pérez Villalba en tanto no resultaba ser la norma más favorable a sus pretensiones.

Finalmente, el hecho de que la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional le hubiera negado al demandante el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente en primer lugar, desconoció su condición de adulto mayor y, en segundo lugar, no tuvo en cuenta la difícil situación económica por la que atravesaba lo que le impedía satisfacer sus propias necesidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, mediante escrito de 10 de marzo de 2005, se opusieron conjuntamente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 35 a 39):

Sostuvieron que si bien el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública responde a los mismos principios que los previstos en la Ley 100 de 1993, ello no quiere decir, que los requisitos exigidos por uno y otro régimen para acceder al reconocimiento de una prestación pensional deban ser los mismos.

Argumentó que al momento de la muerte del soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar la norma vigente y aplicable al caso concreto era el Decreto 2728 de 1968 el cual, no contemplaba el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los ascendientes o descendientes de los soldados regulares muertos en combate por acción del enemigo.

Bajo estos supuestos, manifestó que el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante Resolución No. 000311 de 18 de febrero de 1999 le reconoció al señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado

regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, muerto en combate, la suma de \$ 27.673.192.00 por concepto de prestaciones sociales causadas por el citado soldado durante el período que permaneció vinculado al Ejército Nacional.

Así las cosas, concluyó que en el caso concreto la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional actuó conforme a la normatividad vigente al momento de la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, esto es, el Decreto, 2728 de 1968, al disponer únicamente su ascenso al grado de Cabo Segundo y el reconocimiento y pago a sus ascendientes de las prestaciones sociales en suma equivalente a \$ 27.673.192.00.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Sucre mediante sentencia de 16 de julio de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda con las siguientes consideraciones (fls. 139 a 154).

Señala el Tribunal que la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar no da lugar al reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia, a favor de sus ascendientes toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968 los soldados o grumetes en servicio activo que fallezcan "*por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo*" únicamente tendrán derecho al ascenso póstumo al grado de cabo segundo y, en el caso de sus familias, al pago de 48 meses de haberes correspondientes a este grado.

No obstante lo anterior, indicó el *a quo* que el Decreto 1211 de 1990 reconoce a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y sus familias, además del ascenso póstumo y las prestaciones sociales, una pensión de sobreviviente teniendo en cuenta la totalidad del tiempo que hubieran permanecido vinculados a la respectiva fuerza.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión de sobreviviente es proteger a la familia del miembro de las fuerzas militares que fallezca en desarrollo de actividades propias del servicio, sostuvo el Tribunal, que no se justifica la diferencia existente entre los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de

1990, en tanto este último sí le reconoce a las familias afectadas la citada prestación pensional, razón por la cual, en atención al derecho fundamental a la igualdad, se reconocerá al demandante, en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, una pensión de sobreviviente en los términos del Decreto 1211 de 1990.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls. 166 a 167).

Reiteró que al momento en que se produjo la muerte del soldado Alfredo Evadías Pérez el Decreto 2728 de 1968, norma vigente, no establecía el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de las familias de los soldados regulares muertos en combate o por acción del enemigo.

Manifestó que la norma en cita únicamente ordena el ascenso póstumo del soldado al grado de cabo segundo y el reconocimiento y pago a su familia de una prestación indemnizatoria y el doble de auxilio de cesantías, como se hizo en el caso concreto mediante Resolución No. 000311 de 18 de febrero de 1999, suscrita por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional.

Concluyó que las razones que anteceden son suficientes para revocar la providencia apelada y, en su lugar, denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente asunto, resulta procedente el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente al señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del Soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar, muerto con ocasión de actos propios del servicio.

El acto administrativo acusado

Oficio CE-JEDEH-DIPSO-PET-177 de 25 de marzo de 2004, suscrito por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, por el cual se le negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente al señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar (fl. 11).

Hechos probados

Según certificación de 26 de agosto de 1999, suscrita por el Jefe de Personal del Batallón de Contra guerrilla No. 10, General Rafael Uribe Uribe, el señor Alfredo Evadías Pérez Tovar, prestó sus servicios al Ejército Nacional a partir del 1 de diciembre de 1994 (fl. 14).

La Sala teniendo en cuenta el registro de defunción del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, visible a folio 13, y la afirmación hecha por el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, en la contestación al hecho segundo de la demanda¹, dará por probado que el citado soldado murió en actos propios del servicio (fl. 36).

El 23 de marzo de 2004, el señor Evadías Pérez Villalba en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar solicitó ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, en aplicación del régimen prestacional previsto para las Fuerzas Militares (fls. 17 a 20).

El 25 de marzo de 2004 el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante Oficio CE-JEDEH-DIPSO-PET-177 negó la referida solicitud, con el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no establecía el reconocimiento y pago de una prestación pensional de sobreviviente a favor de los ascendientes de los soldados regulares muertos en combate (fl. 23).

¹ Hecho 2 de la demanda. *"El soldado Alfredo Pérez Tovar, se desempeñó durante todo el tiempo como soldado, esto es, como servidor del Estado Colombiano, hasta el día de su fallecimiento en acto especial del servicio, como fue haber ocurrido su muerte en combate con la guerrilla, (...)"* (fl. 2)

Respuesta de la entidad demandada: *"Es cierto que el Soldado Alfredo Pérez Tovar, falleció por razones propias del servicio; cuando se encontraba librando fuertes combates con miembros de la guerrilla (...)"*. (fl. 36).

De la pensión de sobreviviente

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado 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.

En este contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto de general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil.

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.

Sobre este particular la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“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.”.

Así mismo debe decirse, que la noción de contingencia derivada por la muerte de un empleado no es ajena al régimen prestacional aplicable a las Fuerzas Militares.

En efecto, como se verá más adelante, los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, establecen en cada caso concreto una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los soldados regulares y los oficiales y suboficiales muertos en desarrollo de actos propios del servicio, entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobreviviente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala necesario hacer las siguientes consideraciones.

Del caso concreto

Observa la Sala que mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, fallecido en actos propios del servicio, pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente de acuerdo con el régimen prestacional previsto para los miembros de las Fuerzas Militares, en el Decreto 1211 de 1990.

En efecto, mediante escrito de 23 de marzo de 2004 el demandante, con fundamento en el Decreto 1211 de 1990, le solicitó al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la citada prestación pensional teniendo en cuenta que la muerte de su hijo se produjo en desarrollo de actos propios del servicio (fls. 17 a 20).

No obstante lo anterior, el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante Oficio No. CE-JEDEH-DIPSO-PET-177 de 25 de marzo de 2004 negó la referida solicitud, con el argumento de que el Decreto 2728 de 1968 no establecía el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los ascendientes o descendientes de los soldados muertos en combate (fl. 22).

Así se observa en el citado Oficio:

“(...) Con toda atención y en respuesta a la petición llegada a esta Dirección el 23 de marzo de 2004, me permito informar que no es viable acceder a su petición.

Lo anterior, en consideración a que para la fecha de fallecimiento del señor Ex soldado PEREZ TOVAR ALFREDO EVADIAS, la normatividad aplicable Decreto 2728 de 1968 NO establecía derecho de pensión, tan sólo el ascenso en forma póstuma al grado de Cabo Segundo y el pago de

cesantías dobles y compensación por muerte, claramente señaladas en la Resolución No. 311 de fecha 18 de febrero de 1999 expedida por esta Dirección.”.

En efecto, debe decirse que del material probatorio allegado al expediente se advierte que el soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar ingresó a prestar sus servicios al Ejército Nacional a partir del 1 de diciembre de 1994 y que, el 1 de marzo de 1998, falleció en actos propios del servicio, esto es, en desarrollo de una operación adelantada por el Batallón de Contraguerilla No. 10, General Rafael Uribe Uribe, al cual pertenecía desde su ingreso a las filas del Ejército Nacional.

Sobre este particular, el Decreto 2728 de 2 de noviembre 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”*, en su artículo 8 establece a favor de los soldados en servicio activo, muertos *“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,”* y sus beneficiarios, las siguientes prestaciones económicas:

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

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

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

De acuerdo con la norma transcrita, observa la Sala que el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y, el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier

prestación pensional, entre ella la reclamada por el demandante, se encuentra excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

“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.”.

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 reivindican 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.

En punto de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional² ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

“ 1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte (...).

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él (...).”

² Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida 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.

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

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.

A lo anterior se suma el hecho de que, con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998³ finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4⁴ de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará

³ **ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE.** *"A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes."*

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.*

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, 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.

Sobre este particular, esta Sección en sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 1994-2003. MP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sostuvo que:

“(...) 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.(...)”.

Así mismo, en sentencia 30 de octubre de 2008, Rad. 8626-2005. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, se manifestó que:

“En principio, como el hijo de los demandantes ostentaba la calidad de soldado regular no tendría derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales muertos en combate sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968.

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998. (...)

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, razón ésta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate.”.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor Alfredo Evadías Pérez Tovar prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 3 años y 3 meses el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el literal d, del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem (fl. 14).

En ese mismo sentido, tal como lo dispuso el Tribunal, deberá realizarse el descuento de lo pagado al demandante por concepto de compensación por la muerte del soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar, sobre las sumas resultantes en la presente condena.

Bajo estos supuestos, concluye la Sala que, resulta acertada la decisión del Tribunal de inaplicar en el caso concreto el Decreto 2728 de 1968 toda vez que cómo quedó visto, el artículo 8 ibídem vulneró abiertamente los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, en tanto no contemplaba la posibilidad de reconocerle a su favor una pensión de sobreviviente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de 16 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 16 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por EVADÍAS PÉREZ VILLALBA contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ