

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : **05001-23-33-000-2015-01678-01**
Número interno : **2493-2017**
Actor : **Blanca Gloria Casas Mejía**
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional**
Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Ley 1437 de 2011**
Asunto : **Pensión de sobrevivientes causada por fallecimiento de Soldado con ascenso de manera póstuma a Cabo Segundo del Ejército Nacional. Reconocimiento de la pensión con fundamento en el Decreto 1211 de 1990.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a

¹ “Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término

dictar sentencia escrita dentro del proceso de la referencia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de febrero de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Blanca Gloria Casas Mejía contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La señora Blanca Gloria Casas Mejía, mediante apoderado judicial acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², para solicitar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Oficio **OFI13-4940 MDNSGDAGPSAP** del 1 de marzo de 2013, suscrito por la Coordinadora del Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora Blanca Gloria Casas Mejía, con ocasión de la muerte en combate de su hijo Giovanni Kenedy Gutierrez Casas³.

A título de restablecimiento de derecho solicitó que se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, reconocer a la demandante una pensión

no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).”

² *En adelante CPACA*

³ *Folio 2*

de sobreviviente vitalicia a su favor, en calidad de madre del soldado profesional muerto en combate, Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, desde el momento en que ocurrió ese hecho, el 18 de octubre de 1996.

En ese sentido, pidió la liquidación y pago de las mesadas pensionales desde la fecha en que falleció su hijo, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó, la cual deberá ser actualizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

1.2. Hechos:

Indicó la actora que es madre de Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, quien prestó el servicio militar obligatorio como soldado regular a partir del 22 de mayo de 1996 y hasta el 18 de octubre de 1996, cuando fue dado de baja por muerte en *“cumplimiento de una misión de orden público operación de registro, control militar de área (...)”*⁴.

Añadió que el 20 de febrero de 2013, a través de apoderado solicitó al Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Esta petición fue resuelta de manera negativa mediante oficio OF113-4940 MDNSGDAGPSAP del 1 de marzo de 2013.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 13, 29, 46, 48, 53, 209, 217, 228 y 230.

Decreto Ley 2728 de 1968.

Ley 131 de 1985.

Decreto 1211 de 1990, artículos 158, 185 y 189.

Decreto 370 de 1991.

⁴ Folio 21

Señaló que la finalidad de la pensión de sobrevivientes prevista en el Decreto 1211 de 1990 y en las leyes 100 de 1993 y 447 de 1998, tienen como finalidad proteger a las personas que dependían económicamente del causante.

Añadió que la entidad al negar la pensión de sobreviviente a la actora, viola de manera flagrante el artículo 3 de la Ley 131 de 1985, en concordancia con el Decreto 370 de 1991 y el Decreto 1211 de 1990, en la medida en que esta normativa creó el régimen prestacional para los soldados voluntarios muertos en combate, otorgándole al soldado unas calidades que le permitían a la familia del causante acceder a los beneficios de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares.

Adujo que al aplicarse al caso concreto las disposiciones previstas en el Decreto 2728 de 1968, la entidad demandada vulneró el derecho a la Seguridad Social, puesto que la aplicación de esta norma no resulta ser la más favorable a sus intereses, dado que ésta solo reconocía un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y a favor de sus ascendientes una prestación indemnizatoria; mientras que en los artículos 158 y 189 del Decreto 1211 de 1990, le correspondía una pensión equivalente al 50% del salario devengado por el causante.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con base en las razones que se resumen a continuación⁵:

Alegó la entidad, que la actora no agotó la vía gubernativa, dado que no presentó oportunamente los recursos administrativos contra la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de las prestaciones consolidadas a la señora Blanca Gloria Casas, con ocasión de la muerte de su hijo Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968 y reconoció una compensación por muerte equivalente a 48 meses.

Indicó que ante la eventual declaratoria de nulidad del oficio demandado, esa situación no afecta la situación prestacional definida mediante la Resolución 4311

⁵ Folios 68 a 79

de 3 de abril de 1997, la cual en criterio de la entidad demandada “*seguía vigente*”.

Añadió que para el caso del joven Giovanni Kenedy Gutierrez Casas cuando acaeció se muerte se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968 que establecía el reconocimiento, en caso de muerte en combate, “*al pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía*”⁶.

Así mismo indicó, que existe una irregularidad en las pretensiones, ya que la actora no integró el acto administrativo complejo, pues en el evento de declararse la nulidad “*(...) del acto presunto mediante el que se entiende negada la pensión de sobreviviente, quedaría vigente la Resolución que previamente había reconocido las prestaciones según la legislación vigente para la época, que como tal no contemplaba el otorgamiento de la pensión*”⁷.

Añadió la entidad, que se estructura la excepción de carencia actual de objeto de las pretensiones solicitadas por el demandante y una inexistencia de la obligación en la medida en que no hubo lugar al ascenso póstumo del causante.

Finalmente, propuso las excepciones denominadas: i) presunción de legalidad del acto acusado; ii) cobro de lo no debido; iii) subsidiaria de buena fe; iv) inexistencia de la obligación y v) excepción innominada.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad mediante sentencia del 23 de febrero de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda por las razones que se resumen a continuación⁸:

Destacó el Tribunal que las Fuerzas Militares tiene establecido un régimen especial contenido en los Decretos 2728 de 1963 y 1211 de 1990, en los que señala que

⁶ Folio 72

⁷ Folio 72

⁸ Folios 179 a 191

cuando se trate de muerte en combate de Oficiales y Suboficiales los beneficiarios de estos tienen derecho al disfrute de una pensión mensual, la cual no requiere un tiempo específico de servicios.

Con base en lo anterior encontró probado que el causante fue abatido en combate por acción del enemigo y fue ascendido de manera póstuma al grado de Cabo Segundo, otorgándole así la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente *“en aplicación del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y conforme a los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y a la seguridad social”*⁹.

Indicó el Tribunal que de acuerdo con el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, el primer orden de beneficiarios es para el cónyuge y los hijos del causante y ante la ausencia de ellos, le sucederán los padres sin que medie otro requisito adicional que acreditar el parentesco, en razón de lo anterior dijo:

“(…) se demostró que BLANCA GLORIA CASAS MEJÍA y ROBERTO DE JESÚS GUTIÉRREZ son los únicos beneficiarios del fallecido soldado, toda vez que conforme Registro Civil de Nacimiento del señor GIOVANNY KENEDY GUTIÉRREZ CASAS se evidenció que estos eran sus padres, sin embargo, de la lectura de la Resolución N° 04311 de 3 de abril de 1996 – fls. 14 a 16-, se advierte que el padre del causante no se hizo presente dentro del procedimiento administrativo, por lo que la compensación por muerte fue reconocida en un 50% a la demandante, dejando a salvo la parte restante ante una futura reclamación.

(…)

Conforme a lo antes mencionado los beneficiarios del causante SLV GIOVANNY KENEDY GUTIÉRREZ CASAS, tienen derecho a que por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL -, se les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, esto es, por el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem; ahora bien, teniendo en cuenta que el señor ROBERTO DE JESÚS GUTIÉRREZ, padre del soldado fallecido, hasta ahora no ha reclamado los derechos prestacionales que en su calidad de padre del soldado interfecto le corresponden, el reconocimiento de la pensión deprecada por la señora BLANCA GLORIA CASAS MEJÍA se concederá en un 50% del derecho, con el fin de dejar en reserva la cuantía restante ante una futura y eventual reclamación del beneficiario faltante”.

⁹ Folio 189 vto.

Frente a la prescripción de las mesadas pensionales, el Tribunal Administrativo de Antioquia señaló que *“se contará desde la fecha del fallecimiento del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, acaecida el dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996) hasta el veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009), toda vez que la presentación de la petición solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte de los demandantes ante la entidad demandada se verificó el 20 de febrero de dos mil trece (2013), tal y como consta en el folio 4 del expediente”*¹⁰.

Finalmente destacó el Tribunal que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, no era necesario que la señora Blanca Gloria Casas Mejía acreditara la dependencia económica de su hijo Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, razón por la cual le fue otorgada la pensión de sobreviviente en un 50% salvaguardando el restante ante una reclamación por parte del señor Roberto de Jesús Gutierrez padre del causante.

4. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en las razones que se resumen a continuación¹¹:

Adujo que el régimen pensional aplicable al causante es el previsto en el Decreto 2728 de 1968 según el cual cuando fallece un soldado por acción directa del enemigo sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo y al doble de cesantías, por lo tanto, no hay lugar a aplicar el Decreto 1211 de 1990, pues el causante al momento de su muerte se hallaba vinculado como soldado voluntario y no como oficial o suboficial a quienes se dirige la pensión de sobrevivientes.

Precisó que al causante le fue conferido ascenso póstumo a Cabo Segundo en forma honorífica para honrar su memoria y para que las prestaciones a las que habría lugar fueran liquidadas conforme al nuevo grado.

¹⁰ Folio 190

¹¹ Folio 197 a 206

Aclaró que no hubo por parte de la actora un debido agotamiento de la vía gubernativa, pues insiste que el acto administrativo que debió demandar fue el contenido en la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997 y no el oficio OF113-4940 MDNSGDAGPSAP del 1 de marzo de 2013.

Lo anterior por cuanto *“El oficio cota nulidad se persigue no haría más que informar al accionante de las circunstancias que para él se produjeron con la expedición del Acto Administrativo anterior, que fue el que definió su situación jurídica (...)”* y añadió que *“(...) no es el oficio impugnado el que crea una situación jurídica nueva (...)”*¹².

Insistió como lo expresó en su escrito de contestación de la demanda que se estructura la excepción de carencia actual de objeto de las pretensiones solicitadas por el demandante y una inexistencia de la obligación en la medida en que no hubo lugar al ascenso póstumo del causante.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 8 de septiembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹³.

La **señora Blanca Gloria Casas Mejía**¹⁴, por intermedio de apoderado judicial, en escrito de alegatos reiteró los argumentos expuestos en la demanda y solicitó *“no ordenar descontar lo pagado por compensación por muerte”*¹⁵.

Trajo a colación jurisprudencia de esta Sección para aclarar que no es procede el descuento de la compensación por muerte reconocida mediante la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997 teniendo en cuenta: *“(...) (i) Compatibilidad entre la compensación por muerte y pensión de sobrevivencia. (ii) Inescindibilidad de la norma laboral. (iii) Presunción de legalidad del acto administrativo que reconoce la*

¹² Folio 200

¹³ Folio 227

¹⁴ Folio 232 a 238

¹⁵ Folio 232

compensación. (iv) La prohibición de recuperar las prestaciones pagadas de buena fe Art. 136 Num. 2 CPACA v) Seguridad jurídica de una prestación unitaria con pago instantánea (sic). (iv) Aplicación del principio de congruencia. (vii) Principio de favorabilidad de la norma e interpretación más favorable art. 53 C.P. (viii) Derecho a la igualdad (...)"¹⁶.

El Ministerio Público en concepto rendido el 3 de noviembre de 2017, solicitó que se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia¹⁷.

Realizó un recuento de los hechos que dieron origen a la demanda presentada por la señora Blanca Gloria Casas Mejía

Añadió 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 (...)"¹⁸.

Frente a la condena en costas, la cual no fue objeto del recurso de apelación por parte de la entidad demandada, señaló que no hay lugar a la misma en la medida en que la parte vencida no debe ser castigada por la aplicación rigurosa de la ley, por lo cual solicitó se revoque la condena en costas impuesta a la parte demandada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de

¹⁶ Folio 233

¹⁷ Folio 239 a 248

¹⁸ Folio 246 vto.

lo Contencioso Administrativo¹⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. Problema jurídico

En el caso concreto la Sala debe establecer si la demandante en calidad de madre del causante (Cabo Segundo póstumo) Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, tiene derecho a que se le reconozca una pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que su hijo murió en combate siendo soldado regular.

3. Normativa aplicable al sub examine

El Decreto 2728 del 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”*, previó a favor del soldado que muera en combate en servicio activo, los siguientes beneficios:

“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

¹⁹ Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [Modificado por el art. 615, Ley 1564 de 2012](#). El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.”

Nótese en principio que la norma no distingue entre los soldados que se encuentran prestando servicio militar obligatorio (regulares) y los soldados voluntarios, figura que fue acogida por la Ley 131 de 1985²⁰, ante la situación de facto de los grupos armados, por lo tanto, si no hay una regulación específica para estos servidores, se pueden servir de la misma; igualmente se evidencia que conforme a la norma en cita cuando se dé la muerte de un soldado en combate o por acción directa del enemigo, la entidad militar deberá ordenar su ascenso en forma póstuma al primer grado del escalafón de Suboficiales, esto es Cabo Segundo, conforme al artículo 8º del Decreto 2728 de 1968²¹, reconocer y pagar a los beneficiarios del soldado fallecido y ascendido al grado de Suboficial - Cabo Segundo el valor de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de Suboficial y el doble de la cesantías.

En sentencia de unificación SUJ-009-S2, esta Sección precisó que una modalidad de prestación del servicio militar obligatorio de acuerdo con la Ley 48 de 1993 era la de soldado regular. Para mayor ilustración se transcribe lo pertinente:

*“(…) se encuentran **los soldados regulares, bachilleres y campesinos**, que son modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con la Ley de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como conscriptos. Al respecto, el artículo 13 ejusdem distinguió las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y los tiempos de duración de cada uno de ellos, así:*

*«Artículo 13. **Modalidades prestación servicio militar obligatorio.** El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio*

²⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

²¹ 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.

militar:

- a) Como **soldado regular**, de 18 a 24 meses;
- b) Como **soldado bachiller** durante 12 meses;
- c) Como **auxiliar de policía bachiller**, durante 12 meses;
- d) Como **soldado campesino**, de 12 hasta 18 meses.»

Es de anotar que en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, al igual que en el de oficiales y suboficiales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (...)"²².

Por su parte, la Ley 447 de 1998 “*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*”, en su artículo 1º reconoció a los beneficiarios de las personas que se encuentran prestando servicio militar obligatorio y fallecen en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, el derecho a la pensión de sobrevivientes equivalente a un salario y medio (1/2) mínimo mensuales y vigentes. El parágrafo 1º de esta norma, suprimió “*la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.*”

Sin embargo, la anterior norma no es aplicable a los soldados voluntarios regulados por la ley 131 de 1985, puesto que ellos, en principio, no prestan servicio militar obligatorio y en consecuencia, continuarían sometidos a las disposiciones del artículo 8º del decreto 2728 de 1968 y los beneficios que ella trae para el soldado

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Sección Segunda, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), Actor: Araceli Del Carmen Llanos García, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional, Sentencia de unificación por Importancia jurídica, Sentencia CE-SUJ-SII-009-2018, SUJ-009-S2,

voluntario muerto en combate.

El Decreto 1211 del 8 de junio de 1990 “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*”, previó en el Capítulo II las prestaciones por retiro de este personal y en el Capítulo V las prestaciones por muerte, disponiendo:

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- *Sueldo básico.*
- *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
- *Prima de antigüedad.*
- *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
- *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
- *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
- *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
- *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*
- *Bonificación por compensación*

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

ARTÍCULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

(...)

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.*
- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.*
- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.*
- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.*

(...)

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.” (Subraya fuera de texto original)

Conforme a lo anterior se observa que la referida norma consagra a favor del Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo muerto en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, el derecho a ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior; y a favor de sus beneficiarios las siguientes prestaciones: i) el reconocimiento y pago de 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; ii) pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y iii) pensión de sobrevivientes, cuyo valor dependerá del tiempo de servicios que acreditó el causante.

4. Del caso concreto

Encuentra la Sala que la parte actora pretende que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas quien estuvo vinculado al Ejército Nacional como Soldado Regular desde el 22 de mayo de 1996 hasta el 18 de octubre de 1996, cuando fue dado de baja en combate por acción directa del enemigo.

Contrario a esta postura, la entidad demandada alega en el presente caso que a la actora solo le asiste el reconocimiento de los beneficios establecidos en el Decreto 2728 de 1968 dentro de los que no contempla la pensión de sobrevivientes como si lo establece el Decreto 1211 de 1990, normativa que para la entidad no aplica dada la condición de soldado regular que ostentaba el causante para la fecha de su fallecimiento.

4.1 Hechos probados

Para efectos del reconocimiento pensional de la señora Blanca Gloria Casas Mejía, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

- Registro Civil de Nacimiento de la Notaría Doce del Círculo de Medellín del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, que certifica que la señora Blanca Gloria Casas Mejía era la madre del causante²³.
- Registro de Defunción No. 1012689 de 21 de octubre de 1996, expedido por la Registraduría de Carepa, Antioquia, en el que consta que el señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas falleció el 18 de octubre de 1996 y “la causa principal de la muerte fue choque neurogénico, certificada por el médico Ricardo A. Toro”²⁴.
- Informe Administrativo por Muerte No. 19 del 24 de octubre de 1996, en el que el Teniente Coronel, Comandante del Batallón de Infantería 46 Voltigeros conceptuó que:

“el día 18 de octubre de 1996 fue asesinado en combate al recibir varios impactos de arma de fuego de largo alcance que le ocasionaron la muerte en forma instantánea al Soldado GUTIERREZ CASAS GIOVANNY KENNEDY, en momentos que el mencionado se encontraba combatiendo contra narcobandoleros pertenecientes al Bloque José María Córdoba del narcocartel de las Farc.

*De acuerdo al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 la muerte del Soldado GUTIERREZ CASAS GIOVANNY KENEDY CM. 98625113 ocurrió en **COMBATE CONTRA BANDOLEROS**”²⁵.*

- Liquidación de servicios de soldados 835 de 2 de diciembre de 1996 en la que relacionan los servicios prestados por el CS(P) Gutierrez Casas Giovanni Kenedy así²⁶:

²³ Folio 19

²⁴ Folio 18

²⁵ Folio 12

²⁶ Folio 13

NOVEDAD	DISPOSICIÓN CLASE Nº AÑO	FECHA		TOTAL A M D
		DE	HASTA	
SOLDADO REGULAR	CONST. SL.	22-05-96		
SOLDADO VOLUNTARIO				
ASCENSO POSTUMO	RES. No. 1021/96	18-10-96		
RETIRO	O.D. NO. 247/96		18-10-96	00 04 26
DIF. AÑO LABORAL				00 00 01
TOTAL SERVICIOS				00 04 27

- Resolución 1021 de 5 de diciembre de 1996 que resuelve:

“ARTÍCULO 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, ascender en forma póstuma al grado de Cabo Segundo a los Soldados que se relacionan a continuación, con novedad fiscal 18 de octubre de 1996.

(...)

SL - GIOVANNY KENEDY GUTIERREZ CASAS
98625113

(...)²⁷

- Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, proferida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional en la que resolvió:

ARTÍCULO 1º. Reconocer con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, la suma de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 08/100 (\$ 15.310.594.08) como Compensación por Muerte del Cabo Segundo (póstumo) del Ejército GIOVANNY KENEDY GUTIERREZ CASAS CÓDIGO No. 98625103, equivalente a 48 meses de los haberes de un Cabo Segundo, que para la época del deceso eran (...)

²⁷ Folio 17

ARTÍCULO 2º. Ordenar pagar a favor de la señora BLANCA GLORIA CASAS MEJÍA la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON 04/100 (\$ 7.655.297.04 equivalente al 50% del valor reconocido”²⁸.

- Copia de la petición presentada por la señora Blanca Gloria Casas Mejía a través de apoderado judicial el 20 de febrero de 2013, en la cual solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas²⁹.

4.1.2.- Acto administrativo acusado:

- **Oficio OFI13-4940 MDNSGDAGPSAP de 1 de marzo de 2013**, suscrito por la Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, en el que se da respuesta a la petición presentada por la señora Blanca Gloria Casas Mejía, en el siguiente sentido:

*“(…) es de indicar que el Decreto 2728 de 1968 norma vigente para la época de los hechos, **no contemplaba dentro de su articulado reconocimiento y pago de pensión por muerte a favor de los beneficiarios legales** dado que en su Artículo Octavo, establecía: “... 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 meses (48) de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía...**”
(...)*

De lo expuesto anteriormente, se concluye que no hay lugar a efectuar

²⁸ Folio 14 a 16 se reconoció a la señora Blanca Gloria Casas Mejía el 50% de la pensión de sobrevivientes en procura de salvaguardar los derechos del señor Roberto de Jesús Gutierrez López de reclamar el 50% restante como padre del causante.

²⁹ Folio 4

trámite alguno tendiente a reconocer la pensión solicitada, toda vez que el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, Grumetes e Infantes de Marina, de las Fuerzas Militares de Colombia (...)

El presente es un acto administrativo definitivo, por lo tanto según lo establece el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, podrá interponer recurso de reposición a fin de que se aclare, modifique, adicione o revoque”³⁰.

4.2 Análisis

Visto los anteriores supuestos fácticos acreditados en el plenario, encuentra la Sala que en el caso concreto está debidamente probado y no existe discusión al respecto, que el señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 22 de mayo de 1996 y hasta el 18 de octubre de 1996, para un total de 4 meses y 27 días, y su muerte se produjo en combate o por acción directa del enemigo³¹.

Igualmente está probado que Giovanni Kenedy Gutierrez Casas era hijo de la señora Blanca Gloria Casas Mejía, quién se presenta como demandante dentro del presente proceso³².

En este punto es importante destacar frente a los argumentos expuestos por el apoderado de la parte recurrente en su escrito de impugnación, en el que señaló la falta de agotamiento de la vía gubernativa puesto que la señora Blanca Gloria Casas Mejía no presentó recursos contra la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997; para la Sala, que la negativa de la entidad se materializó con el oficio OF113-4940 MDNSGDAGPSAP de 1 de marzo de 2013 y no con el reconocimiento de la compensación por la muerte del causante, lo anterior por cuanto el derecho pensional prescribe, mas no caduca, ya que al ser esta una prestación económica de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, quien considere y cumpla con los requisitos tiene derecho a acudir ante las autoridades competentes para solicitar el reconocimiento de la misma.

³⁰ Folio 2 a 3

³¹ Folio 13, 100 y 101

³² Folio 19

Ahora bien, en el caso bajo estudio se demostró además que la entidad demandada a través de la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997 reconoció a favor de la señora Blanca Gloria Casas Mejía en calidad de beneficiaria del Cabo Segundo (póstumo) Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, unas sumas por concepto de prestaciones sociales consolidadas, unas cesantías dobles y definitivas y una compensación por muerte equivalente a 48 meses en un 50%, salvaguardando el restante para una eventual reclamación del señor Roberto de Jesús Gutierrez López, padre del causante³³.

Por lo expuesto, encuentra la Sala que si bien la entidad demandada dio aplicación al artículo 8º del Decreto 2728 de 1968 reconociendo a favor de la beneficiaria del soldado voluntario Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, cesantía doble y compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes de un cabo segundo, dicho reconocimiento no se dio en forma completa, puesto que de conformidad con el Decreto 1211 de 1990, norma aplicable en tratándose de un suboficial muerto en combate, sus beneficiarios tienen derecho, además de los conceptos ya reconocidos y pagados, a la pensión de sobrevivientes allí prevista.

Lo anterior teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 2728 de 1968 el causante al haber muerto en combate tenía derecho a ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, en este caso, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1211 de 1990 corresponde al de Cabo Segundo, categoría que pertenece a la jerarquía de Suboficiales de las Fuerzas Militares, hecho que se logró probar en el *sub lite* a través de la Resolución 1021 de 5 de diciembre de 1996, condición bajo la cual, conforme al artículo 189 *ídem*, los beneficiarios de un Cabo Segundo muerto en combate tienen derecho a percibir las siguientes prestaciones: i) 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante en forma póstuma, ii) doble cesantía por el tiempo servido por el causante; iii) una pensión de sobrevivientes cuya cuantía deberá liquidarse con base en el tiempo de servicios prestado por el causante³⁴.

Así las cosas para la Sala la entidad demandada no reconoció todas las prerrogativas que contempla el Decreto 1211 de 1990 a favor de la beneficiaria del causante, pues tal como se demostró en el plenario, el señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas murió en combate el 18 de octubre de 1996, por lo cual fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, condición que le da derecho a sus beneficiarios a que el Ministerio de Defensa les reconozca las

³³ Folios 14 a 16

³⁴ Folios 14 a 17

prestaciones contenidas en el Decreto 1211 de 1990 artículo 189, de las cuales según se acreditó sólo fueron pagadas a la demandante en calidad de madre del Cabo Segundo, la compensación por muerte y cesantías dobles, tal como se prueba en la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, de acuerdo con la motivación del acto de reconocimiento, la pensión reconocida a la demandante equivale a un 50% dado que el padre no se acercó a reclamar sus derechos y la entidad decidió salvaguardarlo frente a una eventual y futura reclamación ³⁵.

Esta Subsección, con ponencia del Magistrado Sustanciador, se ha pronunciado de manera uniforme y reiterada, sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de los soldados muertos en combate, en los siguientes términos:

“En el presente caso, y de acuerdo al material probatorio allegado al expediente, se pudo constatar que el señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 2 de abril de 1993 hasta el 18 de noviembre de 1994. Posteriormente, se vinculó como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, a partir del 15 de abril de 1996 – ver hoja prestacional visible a folio 67 –, es decir, quedó sujeto a partir de su vinculación, 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 militares³⁶.

De la misma forma, se estableció que el señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, falleció el 17 de agosto de 1999 (f. 69), y de acuerdo al informe administrativo por muerte del 22 de agosto de 1999 suscrito por el Comandante del Batallón Contra guerrilla No. 6 “Píjaos”, se estableció que su deceso ocurrió en “SERVICIO Y EN COMBATE COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO EN EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO” (f. 68).

De lo anterior se advierte, que para el momento de ocurrencia del fallecimiento del señor Muñoz Ramírez, se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modificó el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimientos del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, y en el artículo 8, estableció las prestaciones de orden económico en favor de los soldados que en

³⁵ Folio 14 a 17.

³⁶ Artículo 3 *ibidem*.

servicio activo fallecieran. Disponía la norma en mención:

“(...).”

De la transcripción realizada, se observa, que la norma no consagró el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado muerto en combate, en cuanto solo dispuso el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, si hubiere lugar, y la compensación por muerte, para los casos de fallecer en combate, misión o por causas diferentes.

Así las cosas, el Ejército Nacional, en cumplimiento a la preceptiva normativa referida, mediante Resolución 000986 del 12 de octubre de 1999 (f. 81), expedida por el Comandante del Ejército Nacional, le concedió el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, con novedad fiscal a partir del 17 de agosto de 1999, día de su fallecimiento, y mediante Resolución 01373 del 11 de abril de 2000, en esta condición, le reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones sociales a los demandantes en calidad de beneficiarios del señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, correspondientes a cesantías definitivas dobles y compensación por muerte (fl. 74 reverso), de conformidad con lo previsto en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

Si bien, el Ejército Nacional dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 respecto al reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de los demandantes ante el deceso del señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, entre ellos, el ascenso póstumo a Cabo Segundo, lo cierto es que para el 17 de agosto de 1999, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990 mediante el cual “se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, y ante la nueva jerarquía de Cabo Segundo adscrito al Ejército Nacional, que ostentaba el señor Muñoz Ramírez, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 ibídem, esta normatividad era la aplicable para efectos del reconocimiento de las prestaciones pretendidas en vía gubernativa por la parte actora, por el hecho de pasar a ser parte como suboficial del Ejército Nacional.”³⁷

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 70001-33-31-000-2012-00055-01(0875-16), Actor: Fanny Helena Flórez Garrido, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00754-01(2415-14), Actor: Rosalba Gutiérrez, Demandado: Ministerio De

La Corte Constitucional en diversas oportunidades se ha referido a la pensión de sobrevivientes, destacando que su creación tiene por objeto principal el proteger a la familia y los derechos fundamentales de quienes compartían de forma más cercana su vida con el causante y que entran a soportar las cargas económicas ante la muerte de quien dependía su sustento.

En **sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006** se advirtió que la pensión de sobrevivientes tiene como fin evitar que las personas allegadas al trabajador queden desamparadas por su ausencia definitiva, a quien le correspondía sostener el grupo familiar. Dijo la Corte en esa ocasión:

“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, el objeto de la pensión de sobrevivencia es atender la contingencia derivada del deceso del trabajador, con el fin de cubrir no solo la ausencia repentina de la persona sino el apoyo económico que le daba al grupo familiar, en aras de evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de las personas beneficiarias de tal prestación.

Esta noción tampoco puede ser ajena al régimen prestacional aplicable a los miembros de las Fuerza Pública, como se ha indicado, por ejemplo, en los Decretos 2728 de 1968, 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, sobre las diversas prestaciones en favor de los beneficiarios de los soldados, oficiales y suboficiales de las Fuerzas

Defensa Nacional - Ejército Nacional. Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación Número: 05001-23-33-000-2013-00542-01(1950-14), Actor: Luz Amparo Pareja Giraldo, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00061-01(3753-13), Actor: Francisco Antonio Bedoya Estrada, Demandado: Nación, Ministerio De Defensa Nacional, Ejército Nacional. Consejero Ponente: César Palomino Cortés Radicado: 730012333000201300058 01(3791 – 2013), Demandante: Flor Elba Ramírez De Muñoz y Carlos José Muñoz Bedoya, Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Militares muertos en actos propios del servicio, entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobrevivientes.

En punto a esta situación, advierte la Sala que el beneficio prestacional vitalicio de sobrevivencia, en los términos de los artículos 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990, solo exige para su otorgamiento demostrar la calidad del parentesco con el causante de la pensión, en el orden allí establecido, esto es, para el presente caso, que la señora Blanca Gloria Casas Mejía acreditara su condición de madre del Cabo Segundo Giovanni Kenedy Gutierrez Casas circunstancia que se demuestra con el registro civil de nacimiento, la cual ha sido aceptada a lo largo tanto del trámite administrativo que suscitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales mediante la Resolución No. 4311 e 3 de abril de 1997, como del presente proceso judicial.

Lo anterior es así, dada la presunción de los deberes de atención, ayuda y socorro establecidos legal y moralmente de los hijos para con sus padres en la forma en que las circunstancias sociales y económicas lo permitan. Por tal razón, conforme a lo indicado implícitamente en el Decreto 1211 de 1990, no constituye un requisito para la obtención de la pensión de sobrevivientes acreditar la dependencia económica.

Visto lo anterior, encuentra la Sala que la demandante señora Blanca Gloria Casas Mejía tiene derecho a percibir una pensión de sobrevivientes en calidad de madre del Cabo Segundo (póstumo) Giovanni Kenedy Gutierrez Casas equivalente a un 50% de lo dispuesto en el literal d) del artículo 189, teniendo en cuenta que el causante laboró por 4 meses y 27 días, prestación que será reconocida a partir del 18 de octubre de 1996 fecha de muerte de su hijo, pero con efectos fiscales a partir del 21 de febrero de 2009, tal y como lo indicó el Tribunal Administrativo de Antioquia de acuerdo a la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad 20 de febrero de 2013, fecha en que se presentó la reclamación³⁸.

Ahora bien, en relación con los descuentos ordenados en la sentencia recurrida, la Sala considera que como bien lo dispuso el a quo, procede el descuento de lo que la entidad efectivamente hubiere pagado a la señora Blanca Gloria Casas Mejía por virtud de la compensación por muerte, equivalente a 48 meses de los haberes correspondientes, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, en

³⁸ Folios 4 a 10

los términos ordenados en la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997.

Si bien no le asiste razón al recurrente en el sentido que la señora no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, si es procedente ordenar el descuento que la beneficiaria recibió por compensación por muerte, en los términos señalados en la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, lo anterior por cuanto, como se fijó en las reglas de unificación desarrolladas por esta Sección en la sentencia de unificación SUJ-009-S2:

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

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

En ese orden de ideas y en atención a lo mencionado, esta Sala adicionará a la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se ordenó el descuento de lo pagado por concepto de la compensación por muerte del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas, pagado a la señora Blanca Gloria Casas Mejía.

De otro lado y en atención a los argumentos expuestos por el apoderado de la parte recurrente en su escrito de impugnación, frente a la falta de agotamiento de la vía gubernativa dado que la señora Blanca Gloria Casas Mejía no presentó recursos contra la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, destaca la Sala que la negativa de la entidad se concretó con el oficio OFI13-4940 MDNSGDAGPSAP de 1 de marzo de 2013 y no con el reconocimiento de la compensación por la muerte del causante, lo anterior por cuanto el derecho pensional prescribe, mas no caduca, pues al ser esta una prestación económica de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, quien considere y cumpla con los requisitos tiene derecho a acudir ante las autoridades competentes para solicitar el reconocimiento de la misma.

Finalmente frente a los argumentos expuestos por el Ministerio Público sobre la condena en costas a la parte vencida, es preciso aclarar que el artículo 328 del Código General del Proceso (en adelante CGP), establece que la competencia funcional del juez de segunda instancia se encuentra limitada por dos aspectos: i) el principio de la *non reformatio in pejus* y, ii) por los motivos de inconformidad expresados por el recurrente respecto de la providencia objeto de debate. Por esta razón, no basta con la mera interposición del recurso, pues se necesita de la sustentación de este para definir los aspectos sobre los cuales ha de conocer el juez de la apelación. De lo anterior se entiende, que los puntos que no sean recurridos quedarán en firme. En el presente caso aunque el objeto de la demanda recae sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esta Sala solo se no pronunciará sobre la condena en costas, dado que no fue objeto de debate por la parte demandada.

4.3. Conclusión.

Vistas las consideraciones que anteceden, la señora Blanca Gloria Casas Mejía tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas quien falleció siendo soldado regular en combate por acción directa del enemigo, fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, esto de conformidad con el Decreto 1211 de 1990; prestación que equivale al 50% de las partidas computables en el artículo 158 *ibídem*, efectiva a partir del 18 de octubre de 1996 fecha de la muerte del causante con efectos fiscales a partir del 20 de febrero de 2009 por prescripción cuatrienal, tal y como lo indicó el Tribunal, en un 50% de la asignación salvaguardando el restante ante una eventual reclamación por parte del señor Roberto de Jesús Gutierrez López, padre del causante y se adicionará para ordenar el descuento de la compensación por

muerte reconocida a la señor Blanca Gloria Casas Mejía mediante la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

5. Decisión de segunda instancia.

Conforme al análisis precedente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, el 23 de febrero de 2017 por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, pero se aclara que la entidad demandada deberá efectuar el reconocimiento de la pensión desde el 18 de octubre de 1996 con pago de mesadas pensionales atrasadas a partir del 21 de febrero de 2009 y se adicionará para ordenar el descuento de la compensación por muerte reconocida a la señor Blanca Gloria Casas Mejía mediante la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, que accedió a las súplicas de la demanda promovida por la señora **Blanca Gloria Casas Mejía** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. ADICIONAR para ordenar el descuento de la compensación por muerte reconocida a la señor Blanca Gloria Casas Mejía mediante la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ