

PENSION DE SOBREVIVIENTE - Beneficiarios de pensiones por muerte de miembros de la fuerza pública en servicio activo / FALLECIMIENTO DE SOLDADOS Y GRUMETES EN COMBATE O POR ACCIÓN DEL ENEMIGO – Beneficiarios indemnización de 48 meses de los haberes correspondientes al grado ascendido y al pago del doble de la cesantía / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Inescindibilidad o conglobamiento en la aplicación de la norma más favorable

El Decreto 4433 de 2004 consagró una pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los causantes, prestación más favorable para ellos y, que por tanto, excluye el ascenso póstumo previsto en el art. 8 del Decreto 2728 de 1968, que por la fecha del fallecimiento del causante no es el aplicable para el caso en concreto. En efecto, en el régimen del Decreto 2728 de 1968, para los eventos de fallecimiento de soldados y grumetes en combate o por acción del enemigo como en el presente proceso, no se contempló una pensión de sobreviviente para sus beneficiarios sino una especie de indemnización consistente en 48 meses de los haberes correspondientes al grado ascendido y al pago del doble de la cesantía. [...] Como se colige de la anterior norma interpretada en armonía con el resto de artículos del Decreto 2728 de 1968, ese régimen no preveía una pensión de sobrevivientes para cubrir la contingencia de la muerte repentina de soldados o grumetes fallecidos en combate, sino ese ascenso póstumo que se materializaba por una sola vez, en la indemnización arriba referenciada. Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004, no contempla el ascenso póstumo y sus haberes, para eventos como el del asunto *sub lite*. Sin embargo, para estos casos consagra como única prestación una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del causante fallecido en esas circunstancias, prestación que es a todas luces más favorable que la citada indemnización prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968. En efecto, la pensión de sobrevivientes es más favorable que el ascenso póstumo porque atiende por mucho más tiempo y de manera continua la contingencia derivada de la muerte del causante que afecta su grupo familiar. [...] [E]l principio de favorabilidad trae aparejado el consolidado principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual una vez escogida la norma más favorable al trabajador esta se debe aplicar en su integridad y no beneficiarse de lo favorable de otra norma, porque tal hecho conllevaría la creación de un tercer régimen, constituido por fragmentos de otras dos normatividades, situación que entraría en contravía del mismo principio de favorabilidad y su relacionado principio de inescindibilidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00635-01(0441-15)

Actor: ÁNGELA BIBIANA ARIAS AGUIRRE

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del nueve (9) de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, dentro del proceso promovido por Ángela Bibiana Arias Aguirre contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

1. Antecedentes

La demandante Ángela Bibiana Arias Aguirre, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.230.758 quien actúa igualmente en representación legal de su hijo Juan Esteban Suárez Arias, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Las pretensiones:

1. Declarar la nulidad del oficio nro. 20135620408291 del 16 de mayo de 2013 proferido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional.
2. Ordenar al Ejército Nacional ascender de manera póstuma al grado de cabo tercero al soldado profesional Sandender Suárez Ortegón.
3. Condenar al Ejército Nacional al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de cabo tercero.
4. Condenar al Ejército Nacional al reajuste de las primas legales, consistentes en: prima semestral de mitad de año y prima semestral de diciembre.
5. Condenar al Ejército Nacional al pago del excedente dejado de cancelar a la demandante y a su hijo Juan Esteban Suárez Arias por concepto de primas semestrales, que hubiesen devengado desde la muerte del soldado Sandender Suárez Ortegón.
6. Ordenar el reajuste de las cesantías.

7. Ordenar al pago del excedente dejado de pagar a la demandante y al menor Juan Esteban Suárez Arias por concepto de cesantías, que hubiesen devengado desde la muerte del señor Sandender Suárez Ortégón.

8. Condenar al Ejército Nacional al reajuste de la pensión de sobreviviente reconocida a la demandante y a su hijo Juan Esteban Suárez Arias, en lo que correspondería a un militar en el grado de cabo tercero, tomando como base de liquidación las partidas señaladas en el artículo 131 del decreto 612 de 1977.

9. Ordenar a la parte demandada al pago del reajuste dejado de pagar a la demandante y al menor Juan Esteban Suárez Arias por concepto de la pensión de sobreviviente.

Los hechos relevantes según la fijación del litigio.

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La accionante es cónyuge supérstite del señor Sandender Suárez Ortégón.
2. El señor Suárez Ortégón se vinculó como soldado profesional del Ejército Nacional mediante orden administrativa de personal número 1092 de 20 de junio de 2002.
3. El soldado Suárez Ortégón murió el 4 de mayo de 2010 como consta en el registro civil de defunción (f. 10 vto. C.2). Igualmente, según informativo administrativo por muerte nº 002 de 4 de mayo de 2010 el soldado Suárez Ortégón murió «en combate o por acción del enemigo» (f.10, C.2).
4. Mediante resolución nº 3551 de 27 de septiembre de 2010 el Ejército Nacional reconoció pensión de sobreviviente a la demandante y a su hijo Juan Esteban Suárez Arias.
5. El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional expidió el oficio nº. 20135620408291 de 16 de mayo de 2013 por medio del cual dio respuesta a un derecho de petición de la demandante negando el ascenso póstumo al grado de cabo tercero del soldado profesional Sandender Suárez Ortégón solicitado.

Normas violadas y concepto de la violación.

Menciona como normas vulneradas: artículo 13 de la Constitución Política; artículo 138 ley 1437 de 2011, Decreto-2728 de 1968, Decreto 612 de 1977.

Manifestó que a pesar de lo ordenado por el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, la entidad demandada manifiesta que de conformidad con el Decreto 1793 de 2000, dicha norma no contempla el ascenso póstumo para los soldados profesionales, lo que atenta contra derechos fundamentales de la demandante y de su hijo menor de edad, como es el derecho a la igualdad porque el Ejército Nacional sí asciende de forma póstuma a oficiales, suboficiales y soldados regulares que han perdido sus vidas en control del orden público nacional.

Expresó que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional hace una reprochable discriminación a los soldados profesionales caídos en acción porque sí ordena el ascenso póstumo de otros militares que mueren en combate o por acción del enemigo.

Dijo que el acto administrativo demandado vulnera el principio de favorabilidad y transcribió una providencia del Consejo de Estado que no identificó, en la cual se inaplicó el artículo 8 del decreto 2728 de 1968 para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de un soldado voluntario muerto en combate.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte demandada Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se pronunció dentro del término legal (fis. 56-61, C.1).

Se opuso a las pretensiones y se pronunció sobre los hechos de la demanda.

Señaló que la normativa que regula a los soldados profesionales es el Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004 y que existe diferencias entre los soldados profesionales y los soldados voluntarios los cuales tienen su propio régimen.

Afirmó que, según el artículo 19 del Decreto 4433 de 2004, los soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una pensión mensual por muerte en combate entre otros beneficios laborales y prestacionales que surgen

en virtud de una relación legal y reglamentaria, que impide el ascenso póstumo de dicho personal.

Insistió que en el presente caso, por el deceso del soldado profesional Sandender Suárez Ortegón se consolidó el derecho de sus beneficiarios al pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte ocurrida en combate, de conformidad con el Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004. Por lo tanto, el soldado profesional Suárez Ortegón no puede ser ascendido de manera póstuma, tampoco la parte demandante es beneficiaria del pago de la cesantía doble ni de la compensación por la muerte ocurrida en combate, porque estos beneficios están asignados a los soldados voluntarios.

1.1. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Caldas, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El *a quo* aplicó el Decreto 2728 de 1968 diciendo que, además de la pensión de sobrevivientes y demás indemnizaciones, en el presente caso se tiene derecho al ascenso póstumo con base en esa norma.

En efecto al respecto expresó lo siguiente:

«En conclusión: En aras de garantizar el principio de equidad y el derecho de igualdad se aplicará el artículo 8 del decreto 2728 de 1968 para reconocer al soldado profesional Suárez Ortegón el ascenso Póstumo por su muerte ocurrida en combate.

Se acreditaron los requisitos para el ascenso póstumo del soldado profesional Sandender Suárez Ortegón.

En virtud de lo anterior, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 exige para acceder al ascenso póstumo que la muerte del soldado haya ocurrido en combate o por acción directa del enemigo.

Efectivamente en el presente asunto se aportó con la actuación administrativa el informativo administrativo por muerte no. 002 de 4 de

mayo de mayo de 2010 proferido por las Fuerzas Militares de Colombia (f. 10, C.2), sobre las circunstancias que rodearon el deceso.»

Sobre la base de lo anteriormente expuesto finalmente decidió lo siguiente:

«Con base en la norma aplicable al presente asunto se ordenará a título de restablecimiento del derecho lo siguiente a favor de la parte demandante:

1. En primer lugar, se ordenará el ascenso póstumo del soldado profesional Sandender Suárez Ortega fallecido en combate, al grado inmediatamente superior, con retroactividad al momento de su muerte, esto es, desde el 4 de mayo de 2010.
2. El reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al nuevo grado que se confiera al soldado profesional Suárez Ortega, en virtud del ascenso póstumo.
3. El reajuste de las cesantías definitivas reconocidas a la señora Ángela Viviana Arias Aguirre y al menor Juan Esteban Suárez Arias mediante resolución nº 106519 de 13 de septiembre de 2010 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional (fls. 24-25 y vto., C.2) con base en el nuevo grado del soldado Suárez Ortega.
4. El pago doble de las cesantías definitivas con base en el reajuste anterior, no obstante, se ordenará el descuento de lo que efectivamente se hubiera pagado por este concepto.
5. La reliquidación de la pensión de sobreviviente reconocida a los demandantes mediante resolución nº 3531 de 27 de septiembre de 2010 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, con base en el cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro correspondiente al nuevo grado al que se ascienda al soldado Suárez Ortega, según el establece el artículo 19 del decreto nº 4433 de 2004.
6. El pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas, con base en la reliquidación de la pensión de sobreviviente según el numeral anterior -desde el 4 de mayo de 2010-, fecha a partir de la cual se hizo efectiva la pensión.»

1.2. La apelación

La parte demandada, inconforme con la decisión, apeló la sentencia.

Esgrimió argumentos orientados a que la sentencia de primera instancia quebrantó el principio de inescindibilidad o conglobamento. Textualmente afirmó lo siguiente:

«Como podemos observar en la presente sentencia el operador judicial viola de manera flagrante el principio de inescindibilidad o conglobamento en materia laboral es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido, como lo hace en el presente caso aplicando el artículo 8 del Decreto 2728 del 1968 en lo referente al asenso (sic) póstumo y pago doble de cesantías desconociendo la normatividad existente y de igual forma aplicando el Decreto 4433 de 2004 en su integridad como vemos entonces no existe una aplicación integral del régimen escogido por el administrador de justicia pues aplica lo más favorable de cada régimen al caso concreto.

A todas luces vemos que no existe en el fallo objeto de alzada una armonía en la aplicación del concepto de conglobamento que perjudica la entidad la cual represento.

Ahora bien no es justo pretender obtener la condición más beneficiosa de cada régimen o situación jurídica prestacional y como lo establece al respecto la Corte constitucional "las personas vinculadas a regímenes especiales deben someterse íntegramente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general (Sentencia T-348 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En efecto no es equitativo que ninguna persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general

sea más benéfica. (Sentencia C-956101 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.)»

1.3. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

La parte demandante en escrito de alegatos visible a folios 122-124 presentó argumentos similares a los expuestos en las diferentes etapas procesales que actuó.

El ministerio público ni la parte accionada se pronunciaron en esta etapa.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Dentro del marco de lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo alegado en el recurso de apelación el problema jurídico se contrae a establecer si es procedente que a la demandante y a su hijo a quienes ya se les concedió una pensión de sobreviviente conforme el Decreto 4433 de 2004, por el fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, Sandender Suárez Ortigón, quien murió en combate **el 4 de mayo de 2010**, se les otorgue adicionalmente un ascenso póstumo conforme el Decreto 2728 de 1968, y, como consecuencia de ello, se le otorgue unos haberes y la reliquidación de la citada pensión de sobreviviente.

2.2. Marco normativo.

2.2.1. Del régimen especial de la Fuerza Pública

Teniendo en cuenta que el soldado profesional Sandender Suárez Ortigón, murió en combate **el 4 de mayo de 2010**, se analizará brevemente el régimen aplicable y vigente para esa data.

En ese orden, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los

miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política, dispone:

«**Artículo 3.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

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

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.»

Desarrollando lo dispuesto por la Ley 923 de 2004 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre 2004, «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública». En el artículo 1 dispone:

«**Artículo 1. Campo de aplicación.** Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, **en los términos que se señalan en el presente decreto.**»

(Subrayas de la Sala)

Complementando la precedente disposición, el artículo 4 precisa el alcance de ese decreto de la siguiente forma:

«**ARTÍCULO 4°.** *Alcance.* El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia.»

Siguiendo ese orden de desarrollo normativo el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 11 el tema de la pensión de sobrevivientes y orden de beneficiarios de la siguiente manera:

«**ARTÍCULO 11.** *Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo.* Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

PARÁGRAFO 1°. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

PARÁGRAFO 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y

cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.»

A su turno el artículo 45 del citado Decreto 4433 de 2004 establece la vigencia y derogatorias de la siguiente forma:

«**ARTÍCULO 45. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.»

Caso en concreto:

Del análisis de las anteriores normas se desprende diáfano que el régimen aplicable al caso en concreto es el Decreto 4433 de 2004, habida cuenta que la fecha de fallecimiento del causante Sandender Suárez Ortigón ocurrió, tal como se analizó en precedencia, el 4 de mayo de 2010.

Ahora bien, la demandante pretende que adicionalmente a la pensión de sobreviviente concedida mediante la Resolución 3551 del 7 de septiembre de 2010 (visible a folios 4-6), se le otorgue un ascenso póstumo al causante con base en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y, como consecuencia de ello, se le concedan los haberes correspondientes al nuevo grado pretendido y el consecuente reajuste la pensión de sobreviviente.

Sin embargo, esta Sala considera que esa pretensión es deleznable y no tiene respaldo jurídico ni argumentativo por las siguientes razones:

El Decreto 4433 de 2004 consagró una pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los causantes, prestación más favorable para ellos y, que por tanto, excluye el ascenso póstumo previsto en el art. 8 del Decreto 2728 de 1968, que por la fecha del fallecimiento del causante no es el aplicable para el caso en concreto.

En efecto, en el régimen del Decreto 2728 de 1968, para los eventos de fallecimiento de soldados y grumetes en combate o por acción del enemigo como en el presente proceso, no se contempló una pensión de sobreviviente para sus beneficiarios sino una especie de indemnización consistente en 48 meses de los haberes correspondientes al grado ascendido y al pago del doble de la cesantía.

Efectivamente la citada norma disponía lo siguiente:

«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. »

Como se colige de la anterior norma interpretada en armonía con el resto de artículos del Decreto 2728 de 1968, ese régimen no preveía una pensión de sobrevivientes para cubrir la contingencia de la muerte repentina de soldados o grumetes fallecidos en combate, sino ese ascenso póstumo que se materializaba por una sola vez, en la indemnización arriba referenciada.

Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004, no contempla el ascenso póstumo y sus haberes, para eventos como el del asunto *sub lite*. Sin embargo, para estos casos consagra como única prestación una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del causante fallecido en esas circunstancias, prestación que es a todas luces más favorable que la citada indemnización prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

En efecto, la pensión de sobrevivientes es más favorable que el ascenso póstumo porque atiende por mucho más tiempo y de manera continua la contingencia derivada de la muerte del causante que afecta su grupo familiar.

No hay que perder de vista que la pensión de sobrevivientes es una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el

afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

La finalidad de dicha prestación es garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, de tal forma que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante.

Ahora bien, la demandante no puede pretender que se le aplique lo favorable de la norma que rige exclusivamente el caso en caso en concreto, que como ya lo advertimos no es otra que el Decreto 4433 de 2004 y, después de otorgada la pensión de sobrevivientes, reclamar un ascenso póstumo previsto en otra norma que no es aplicable al caso en concreto y que además se encuentra derogada por ser contraria a la estructura jurídica del Decreto 4433 de 2004.

Refuerza lo anterior, el hecho de que el principio de favorabilidad trae aparejado el consolidado principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual una vez escogida la norma más favorable al trabajador esta se debe aplicar en su integridad y no beneficiarse de lo favorable de otra norma, porque tal hecho conllevaría la creación de un tercer régimen, constituido por fragmentos de otras dos normatividades, situación que entraría en contravía del mismo principio de favorabilidad y su relacionado principio de inescindibilidad.

El principio de inescindibilidad fue resaltado por el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda¹, de la siguiente forma:

(...)

«En efecto, una de las consecuencias de beneficiarse de determinado régimen pensional es precisamente el hecho de someterse a este en la totalidad de sus disposiciones, **condición conocida como principio de inescindibilidad o conglobamiento**, sin que le esté dado pretender que se fragmenten las normas, tomando lo más favorable de las

¹Sentencia de unificación por Importancia jurídica, CE-SUJ-SII-009-2018, del 1 de marzo de 2018. Expediente 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16). Actor: Araceli del Carmen Llanos García. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional.

disposiciones en conflicto, como se explicó en precedencia.»

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias sentencias que han consolidado la precedente postura, por ejemplo en la sentencia T832 A-2013 en la se manifestó lo siguiente:

«El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.»

3. Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto se concluye que no le asiste razón a la demandante al pretender solicitar un ascenso póstumo con base en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y sus consecuenciales haberes y reajustes, como quiera que ya es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes conferida por la Resolución 3551 del 7 de septiembre de 2010, única prestación prevista para su caso de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, norma que consagra a partir de su expedición (el 31 de diciembre de 2004) la integralidad de las prestaciones de todos los soldados (sin distinciones de categorías) de las fuerzas militares fallecidos a partir de esa fecha.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el nueve (9) de diciembre de 2014 y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

4. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016², respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³, la Sala se abstendrá de condenar en costas habida cuenta de que no resultaron probadas.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 9 de diciembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que accedió parcialmente a las pretensiones de

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

³ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

la demanda instaurada por Ángela Bibiana Arias Aguirre contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejercito Nacional.

En su lugar,

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por Ángela Bibiana Arias Aguirre contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejercito Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas por no resultar comprobadas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
(Impedido)