

CIRCULAR EXTERNA No. 7

PARA: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares.

DE: **JHON JAIRO CAMARGO MOTTA**

Director General (E)

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

ASUNTO: Criterios para determinar la aplicabilidad de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018, a través del mecanismo de extensión de jurisprudencia

Bogotá D.C., 03 de abril de 2024

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, la Agencia), en el marco del Plan de Acción Institucional (PAI) 2024, se ha propuesto como meta asesorar a 30 entidades seleccionadas con una estrategia para aplicación de la extensión de jurisprudencia.

Entre los proyectos que la Dirección de Asesoría Legal ha diseñado para contribuir a tal fin se encuentra la elaboración de 6 instrumentos que contengan los criterios por los cuales resulta procedente la aplicación de igual número de sentencias de unificación seleccionadas, a través del mecanismo de extensión de jurisprudencia y la forma en que se deberían aplicar, de modo que sirvan como una guía orientativa a las entidades encargadas de resolver esa clase de solicitudes.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta oportunidad se procederá a señalar cuáles son los requisitos, presupuestos o criterios que dan lugar a la aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018, en la cual se fijaron reglas en torno al régimen pensional de las personas que se vinculan a las Fuerzas Militares en cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar.

Para tal efecto, es necesario señalar, en primer lugar, que según el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo «Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos».

Del contenido de la anterior disposición se desprende que, para que opere la figura de la extensión de jurisprudencia, se deben cumplir los siguientes presupuestos:

1. Que medie solicitud del interesado.
2. Que se trate de la aplicación de una sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado.
3. Que la sentencia haya reconocido un derecho.
4. Que el interesado acredite que se encuentra en los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la persona en cuyo favor se reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

Adicionalmente, el citado artículo 102 señala que la petición de extensión de jurisprudencia deberá cumplir, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. La referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Ahora bien, a través de sentencia de unificación SUJ-033-CE-S2-2023, el Consejo de Estado resolvió, en segunda instancia, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por una persona que reclamaba el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de madre de un soldado regular fallecido en simple actividad.

Como fundamentos de sus pretensiones, la parte demandante invocó la protección del derecho fundamental a la igualdad y la aplicación de las reglas del sistema general de pensiones en materia de pensión de sobrevivientes, las cuales, según indicó, resultaban más favorables que el régimen prestacional que cobija a los soldados regulares y a sus beneficiarios.

El Consejo de Estado, luego de analizar la normatividad aplicable al tema, profirió la sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18, en cuya parte resolutiva dispuso:

Primero: Sentar jurisprudencia con fines de unificación del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011¹.
2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

¹ «dame el hecho y te daré el derecho».

3. 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 simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cobija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.
4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.
5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.
6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Como consecuencia de lo anterior, el alto tribunal revocó la sentencia de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda y, en su lugar, dispuso: i) Declarar la nulidad de los actos administrativos que negaron a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; ii) Ordenar a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, que reconozca y pague a la demandante una pensión de sobrevivientes como beneficiaria de su hijo, quien falleció en simple actividad mientras prestaba el servicio militar obligatorio, dando aplicación al artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de las reglas fijadas en la citada sentencia de unificación, el Consejo de Estado hizo las siguientes consideraciones:

1. El derecho pensional es una prestación integrante del sistema de seguridad social integral y constituye un derecho fundamental irrenunciable y de aplicación inmediata, por lo tanto, en los casos en que se reclame su reconocimiento, el juez deberá aplicar el principio *iura novit curia* y, por ende, deberá verificar el alcance de las pretensiones, interpretar los hechos de la demanda y aplicar el régimen pensional que corresponda, aun cuando no se haya invocado de manera expresa o se haya invocado de forma errónea.
2. Luego, en los casos en que se solicite el reconocimiento de un derecho pensional bajo un determinado régimen, no resultaría constitucionalmente válido limitarse a negar las pretensiones, si se

encuentra que el demandante tiene derecho a la pensión bajo un régimen distinto al invocado.

3. Conforme al parágrafo del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el tiempo del servicio militar debe ser computado para efectos de las cesantías y pensión, tanto en el Régimen General de Seguridad Social, como en el régimen especial de las Fuerzas Militares.
4. El Decreto 2728 de 1968 consagró algunos beneficios en favor de los familiares de los soldados y grumetes fallecidos en combate, en actos del servicio y en simple actividad, sin embargo, solo hasta la expedición de la Ley 447 de 1998 se consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios de quienes fallezcan durante la prestación del servicio militar obligatorio, pero solo en el evento en que la muerte se hubiese producido **en combate**.
5. El mismo derecho fue consagrado en el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004.
6. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso que tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, así como los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca siempre que se encuentre cotizando al sistema y hubiese cotizado al menos 26 semanas al momento de la muerte o que habiendo dejado de cotizar, hubiese realizado aportes durante al menos 26 semanas en el año anterior a la muerte.
7. Luego, este artículo fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, según el cual, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, además de los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre hubiese cotizado al menos 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte.
8. No obstante, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema Integral de Seguridad Social allí contenido no se aplicará a los miembros de las Fuerzas Militares, sin embargo, el artículo 288 *ibidem* señala que todo trabajador privado u oficial, funcionario

público, empleado público y servidor público tendrá derecho a la aplicación de cualquier disposición de la misma Ley que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de aquella

9. Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que, en virtud de los principios de favorabilidad, igualdad y pro homine, a los beneficiarios de conscriptos **muertos en simple actividad** les resulta más favorable la aplicación del régimen general de pensiones que el régimen especial contenido en los Decreto 2728 de 1968 y 4433 de 2004 pues, a diferencia de estos últimos, el primero permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuando se cumpla con el tiempo o semanas de cotización exigidos por la Ley.
10. En todo caso, precisó que, en virtud del principio de inescindibilidad, el régimen general debe ser aplicado en su integridad, de modo que, para determinar el monto de la pensión, se debe atender a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, es decir que la pensión será equivalente al 45% del IBL más un 2% adicional por cada 50 semanas de cotización posteriores a las primeras 500, sin que el monto total supere el 75%. A su vez, el IBL será el señalado en el artículo 21 de la misma Ley, es decir, el promedio de lo devengado o cotizado por el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento o durante todo el tiempo, si fuere inferior.
11. Además, precisó que, para efectos del reconocimiento de esta pensión, se deberá tener en cuenta el orden de beneficiarios señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.
12. Agregó que, al aplicarse el régimen general de pensiones en favor de los conscriptos muertos en simple actividad, no habría lugar al reconocimiento de la compensación por muerte que consagra el Decreto 2728 de 1968, pues ambas son prestaciones que cubren la contingencia de la muerte en cada régimen, por lo tanto, son incompatibles. En consecuencia, cuando se reconozca la pensión de sobrevivientes en aplicación del régimen general se deberán



descontar los valores reconocidos al interesado por concepto de compensación por muerte.

13. En todo caso, el descuento solo procede si hay identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes y si la identidad es parcial, solo se podrá descontar el monto pagado a quien se le reconozca efectivamente la pensión, debidamente indexado.
14. De otra parte, adujo que, en relación con las sumas que resulten adeudadas como consecuencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de los soldados conscriptos se debe aplicar la prescripción trienal de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que dicha pensión se encontraba consagrada en el artículo 275 del mismo código, subrogado por los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993,
15. Finalmente, afirmó que las reglas de unificación allí contenidas deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión, tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Presupuestos para la aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18:

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, la Agencia considera que, quien solicite la aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18, a través del mecanismo de extensión de jurisprudencia y el consecuente reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, como beneficiario de un soldado conscripto, deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

1. Que la muerte del soldado conscripto fue calificada como en simple actividad.
2. Que la muerte del soldado conscripto se produjo luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

3. Que, si la muerte del soldado conscripto se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, se acredite que el soldado conscripto había prestado sus servicios durante al menos 26 semanas al momento de la muerte.
4. Que, si la muerte del soldado conscripto se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, se acredite que el soldado conscripto prestó sus servicios durante al menos 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su muerte.
5. Que el reclamante se encuentra dentro del orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consagrado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y que no existe otro beneficiario con mejor derecho que aquél.

**Condiciones y efectos de la aplicación de la sentencia de unificación
CE-SUJ2-010-18:**

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos o presupuestos señalados anteriormente, resultará procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor del beneficiario o beneficiarios del soldado conscripto muerto en simple actividad. Para el reconocimiento de dicha prestación se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos.

1. El monto de la pensión se deberá determinar conforme a lo señalado en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, es decir, que será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.
2. El Ingreso Base de Liquidación de la Pensión se deberá determinar de acuerdo con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir que estará conformado por el promedio de los salarios o rentas devengados por el causante durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, teniendo en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994.

3. En ningún caso, la pensión será inferior a 1 salario mínimo legal mensual vigente.
4. Cuando al beneficiario de la pensión de sobrevivientes se le haya reconocido una compensación por muerte, de conformidad con el Decreto 2728 de 1968, el valor reconocido por dicho concepto deberá ser descontado del valor a reconocer por concepto de mesadas pensionales adeudadas. En caso de que este último valor no sea suficiente, se deberá suscribir un pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.
5. Sobre las sumas adeudadas por concepto de mesadas pensionales retroactivas se deberá aplicar un término de prescripción trienal, contado desde la fecha de presentación de la respectiva reclamación hacia a atrás.
6. No se deberá aplicar prescripción sobre el valor pagado por concepto de compensación por muerte, cuando haya lugar a su deducción.

Finalmente, se le informa que, en caso de existir dudas puntuales en torno a la utilización de este mecanismo, se podrá elevar la consulta correspondiente ante esta entidad, al correo electrónico asesorialegal@defensajuridica.gov.co

Jhon Jairo Camargo Motta

Director General (E)

Preparó: Jorge Barrero

Revisó: María Fernanda Suárez Cely