

13-001-23-33-000-2015-00435-00

Cartagena de Indias D. T. y C, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-23-33-000-2015-00435-00
Demandante	Rosa Mercedes García Pedroza
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa Nacional.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Pensión de sobreviviente.

II.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala a decidir en primera instancia el proceso de la referencia.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (f. 1 - 15).

a. Pretensiones: La demandante solicitó lo siguiente.

“Declaración.

Se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN No. 2052 — 3 JUL 2009, notificada y ejecutoriada en el oficio No. OF114-24474 MDNSGDAGPSAP del 21 de abril de 2014, Por la cual se negó la solicitud de pensión de sobreviviente a mi poderdante.

Condena.

Se condene al Ministerio de Defensa Nacional...al pago de cuarenta y ocho (48) meses de haberes correspondientes al sueldo de un cabo Segundo \$72.309.888.

(...) al pago de las cesantías correspondientes al doble del sueldo de un cabo segundo: \$ 9.038.751.00.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

(...) al pago de una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1.990. con base al salario de un cabo segundo: \$1.506.459.

(...) al pago de mesadas pensionales retroactivas desde el momento que se accedió al derecho, es decir a partir del 3 de agosto de 1999, momento en que se establece el fallecimiento del cabo segundo póstumo del Ejército Nacional, AYOLA GARCIA WALTER. \$202.656.453.00.

Que se declare responsable al EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL...- EJERCITO NACIONAL, al pago de las sumas de dinero antes señaladas debidamente indexadas y se actualice la condena respectiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Se condene al Ministerio de Defensa Nacional, -Ejercito Nacional, al pago de las costas del proceso y de los honorarios profesionales del abogado, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

b. Hechos:

Para sustenta sus pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Cuenta con 63 años de edad y es la madre supérstite del Soldado Voluntario del Ejército Nacional Ayola García Walter, quien fue dado de alta el 22 de noviembre del 1997.

Según informe administrativo por muerte No. 005 de 1999, la muerte(el deceso) del causante se produjo en combate, como consecuencia de la acción directa del enemigo en restablecimiento del orden público.

Mediante Resolución No. 1078 del 5 de noviembre de 1999, expedido por el comandante del Ejército, y de conformidad con el artículo 8° del Decreto 2728/68, fue ascendido a Cabo Segundo de forma póstuma.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

Mediante Resolución No. 01496 2000 la accionada le reconoció a la demandante el pago de prestaciones sociales, y mediante la Resolución No. 2052/09 le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

El 8 de abril de 2014 solicitó al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo, la cual fue negada con el argumento de que la misma solicitud había sido resuelta mediante la Resolución No. 2052 03 de julio de 2009.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante afirmó que el acto acusado viola los Decretos 2728/68; 1211/90;

Adujo que el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, en el artículo 8° establece algunas prestaciones de carácter económico a favor de los soldados que en servicio activo mueren 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.

El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el ascenso póstumo y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

3.2. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 29 de octubre de 2015 (f. 29); mediante auto de 09 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo la

13-001-23-33-000-2015-00435-00

audiencia inicial (f. 69); la cual se llevó a cabo el 7 de febrero de 2017, en la cual se ofició a la accionada para que allegara copia de los antecedentes administrativos (fs. 72 – 73); el 3 de septiembre de 2018 se requirió a la accionada para que allegara las pruebas solicitadas en la audiencia inicial (fs. 81); el 30 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tuviere (fs. 111).

3.3. Contestación (fs. 38 - 44).

La entidad accionada sostuvo que el acto administrativo demandado, por medio del cual se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la parte demandante, se fundamenta en el Decreto 2728 de 1968, régimen vigente para la época de la muerte del causante, el cual no contemplaba el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados fallecidos; solo reconocía el pago de 48 meses de los haberes correspondientes a cabo segundo (póstumo) y el pago doble de la cesantía; lo cual se reconoció a través de la Resolución No. 1078 del 5 de noviembre de 1999.

Al presente asunto no le resulta aplicable el Decreto 1211/90, pues este solo se aplica al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y el extinto militar al momento de la muerte tenía la calidad de soldado voluntario, y no de oficial o suboficial de las fuerzas militares.

En conclusión, el causante estaba amparado por el Decreto 2728/68 y no por el Decreto 1211/90; mucho menos por el Decreto 4433/04. Propuso la excepción de prescripción de las mesadas pensionales.

3.4. Alegatos.

a). La parte demandante en sus alegatos de conclusión reiteró, en lo sustancial, los hechos y razones en que sustentó la demanda (fs. 120 - 124).



13-001-23-33-000-2015-00435-00

b). La parte demandada en sus alegatos de conclusión reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en contestación de la demanda (fs. 126 - 127).

c) El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a fallar en primera instancia el proceso de la referencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

La Sala establecerá si la Resolución No. 2052 del 3 de julio de 2009 que negó una pensión de sobreviviente a la señora Rosa Mercedes García Pedroza se encuentra viciada o no de nulidad.

Para ello, deberá establecer si es posible aplicar en el presente asunto el Decreto 1211/90, y si están cumplidos los requisitos previstos en el artículo 189 del mismo estatuto, como afirma la parte demandante; o si, como aduce la entidad accionada, no procede el reconocimiento de dicha prestación porque en el presente caso se aplica el Decreto 2728 de 1968, que aunque reconocía el derecho al ascenso póstumo, no preveía el reconcomiendo de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios de los soldados fallecidos por acción del enemigo, al que solo tenía derecho los oficiales y suboficiales conforme al Decreto 1211/90.

Se deberá establecer, además, si el pago de las cesantías dobles y de los 48 meses de salario, debieron reconocerse conforme a la condición de soldado o al grado reconocido en el ascenso póstumo.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

5.2. Tesis del Tribunal.

La Sala accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, porque de acuerdo con sentencia de unificación del Consejo de Estado que se acoge en esta sentencia,¹ los soldados voluntarios fallecidos en combate tienen derecho a las prestaciones económicas establecidas en el Decreto 2728 de 1968, que contempla el ascenso póstumo, en virtud del cual el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y, por ende, a ser destinatario de las prestaciones que le confieren a ese personal los Decretos 89 de 1984, 85 de 1989, 1211 de 1990 y, posteriormente, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de ese año, los cuales consagraron de manera expresa la pensión de sobrevivientes.

Por otra parte, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, relacionada con las pretensiones de pago de las cesantías dobles y los 48 meses de salario conforme al grado reconocido en el ascenso póstumo, porque la demandante no solicitó previamente a la accionada dicho reconocimiento.

5.3. Marco normativo y jurisprudencial.

- Del régimen especial de la Fuerza Pública

El régimen especial de las Fuerzas Militares reguló de diversas formas lo correspondiente a las prestaciones por muerte de sus miembros, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de las vinculaciones.

¹ SU- CE-SUJ-SII-013-2018, SUJ-013-S2, 4 de octubre de 2018, radicación: 050012333000201300741-01 de 00965 del 1° de marzo de 2018



13-001-23-33-000-2015-00435-00

En este sentido se previó un régimen para los soldados voluntarios, otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio.

La Ley 131 de 1985, en sus artículos 2 y 3, estableció el servicio militar voluntario, para quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten el deseo de continuar vinculados en la institución bajo esa modalidad, así:

*“Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.
Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

Artículo 3. Las personas a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar; al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

Por su parte, el Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», en el artículo 8, estableció las siguientes prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de aquellos soldados o grumetes que mueren en servicio activo:

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

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y





13-001-23-33-000-2015-00435-00

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.

El Decreto 2728/68 “por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”, reconoce a los soldados fallecidos, únicamente, el ascenso póstumo al grado de cabo segundo, y, a sus beneficiarios, una prestación indemnizatoria y el pago doble del auxilio de cesantías; sin embargo, no prevé el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

El Decreto 1211/90 “Por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, estableció en su artículo 189 una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, así:

“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. 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





13-001-23-33-000-2015-00435-00

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.

El artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, pues solo hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 se consagró dicha prestación, a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia, SU- CE-SUJ-SII-013-2018, SUJ-013-S2, 4 de octubre de 2018, radicación: 050012333000201300741-01 de 00965 del 1º de marzo de 2018, reafirmó su postura respecto de la aplicación del Decreto 1211 de 1990 y fijó unas reglas en relación con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios, así:

*a. Evidentemente, **la jurisprudencia ha sido uniforme en relación con el derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes de los soldados voluntarios muertos en combate, la cual no se encontraba contenida en el Decreto 2728 de 1968**, pero no ocurre lo mismo en relación con el régimen aplicable para el efecto, pues como se advierte se ha optado por 3 normativas distintas:*

(i) El Decreto 1211 de 1990, artículo 189, cuyos destinatarios son los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

(ii) La Ley 447 de 1998, que cobija a quienes prestan el servicio militar obligatorio.

(iii) La Ley 100 de 1993, artículo 46, contentiva del régimen general.

b. Igualmente, se observa que la Sección Segunda no ha tenido una posición unánime en relación con la compatibilidad de la pensión de sobrevivientes y la indemnización por muerte reconocida a los beneficiarios de los soldados



13-001-23-33-000-2015-00435-00

voluntarios fallecidos en combate. Es así como en unos casos consideró que el reconocimiento pensional concedido es incompatible con las prestaciones contempladas por el Decreto 2728 de 1968, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 447 de 1998, en el artículo 1, parágrafo 1 dispuso «suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.».

c. En otras situaciones, estimó que no se debían ordenar descuentos comoquiera que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 establecen el derecho a una indemnización que equivale al reconocimiento de cuatro años de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas.

d. En ese orden, la Sala considera necesario unificar la posición en relación con ese punto, con la finalidad de fijar una regla aplicable a los casos que se encuentren en similar situación fáctica de manera uniforme y en condiciones de igualdad, para luego resolver los problemas jurídicos correspondientes al caso objeto del recurso de alzada. [...].

76. Conforme a lo expuesto, se observa que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 **no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate**, y que no fue sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que se consagró, de manera expresa, tal derecho a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000. [...].

78. Así las cosas, y como solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 se consagró de manera expresa el derecho a la pensión de sobrevivientes para los soldados voluntarios que se hubieren incorporado como profesionales, con anterioridad a dicha normativa se presentaba un vacío en relación con tal derecho.

79. Igualmente, conviene aclarar que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, incluyó como destinatarios a los beneficiarios de los soldados fallecidos entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y teniendo en cuenta que dicha norma fue expedida el 31 de diciembre de 2004, se generaría el interrogante de cuál es la preceptiva que rige a dicho personal entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2004, duda que se disipa al corroborar que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al régimen de carrera de soldados profesionales instaurado por el Decreto 1793 de 2000, se adelantó de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las





13-001-23-33-000-2015-00435-00

cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria, situación que conllevó a que todos los soldados fueran ya profesionales, lo cual los ubica en el primer inciso del referido artículo 22. [...].

7. Determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate

127. Como antes se anotó, para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes a los soldados voluntarios se tiene, por una parte, el Decreto 2728 de 1968, norma que venía rigiendo a este tipo de personal en virtud del carácter genérico de la expresión «soldados» con la que se refiere a sus destinatarios y que dentro de las prestaciones que consagra como consecuencia de la muerte en combate están:

- Ascenso póstumo al grado de cabo segundo o mariner.
- Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado.
- Pago doble de la cesantía.

128. Por virtud del ascenso póstumo contenido en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, el soldado voluntario muerto asciende a la categoría de suboficial como cabo segundo o mariner, según el caso, por lo cual sus prestaciones se liquidan conforme la asignación que corresponde a dicho grado.

129. Por otra parte, la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 ibidem, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e.) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

130. Sin embargo, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel.

131. Ante el panorama normativo expuesto, se tienen, en principio, dos fuentes formales del derecho que regulan la misma situación y frente a las cuales se presenta duda en su aplicación, es decir que se cumplen los supuestos que





13-001-23-33-000-2015-00435-00

permiten emplear el principio de favorabilidad para identificar cuál regla resulta más benefactora.

132. Se evidencia entonces la existencia de dos regímenes vigentes **hasta antes del 7 de agosto de 2002**, fecha a partir de la cual los beneficiarios de los soldados voluntarios tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 22 del Decreto 4433 de 2004. [...].

7.1. Ascenso póstumo. Naturaleza y finalidad

135. Para el cumplimiento de la finalidad que la Constitución Política le encomendó a las Fuerzas Militares en el artículo 217, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, la actividad castrense está enmarcada en unos principios que permitan su desarrollo, algunos de ellos son: disciplina, honor, patriotismo, responsabilidad, valor, lealtad, obediencia y subordinación, entre otros que han sido puestos de presente por las normas que recogen el código de conducta de este personal y el régimen disciplinario, para señalar las más recientes, la Ley 1862 de 2017, Ley 836 de 2003 y el Decreto Ley 1791 de 2000.

136. Dentro de los principios que caracterizan la actividad militar se destaca el de honor, que ha sido definido como: «Característica del militar que lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar» y también como «Uno de sus pilares fundamentales es el Honor Militar, el cual es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro y que colocan al militar en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a que pertenece» y que se exalta con reconocimientos especiales, tales como las menciones honoríficas de que trata el artículo 30 de la Ley 1862 de 2017.

137. Aclarado lo anterior, el ascenso póstumo es un reconocimiento con carácter honorífico para aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que han desplegado acciones de excepcional altruismo al servicio de la patria, y es que, precisamente, por definición gramatical, una de las acepciones de vocablo póstumo se refiere a «[...] Dicho de un acto, especialmente de un homenaje: Que se realiza después de la muerte de la persona a quien va dirigido», de allí que lo pretendido por esta figura es enaltecer el mayor sacrificio que un miembro de la Fuerza puede hacer, esto es, el de entregar su vida durante el combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales que se comprometió a observar, situación que no se predica de la generalidad de las personas, sino que es propia de los miembros de aquellas instituciones.





13-001-23-33-000-2015-00435-00

138. En ese orden, es claro que este tipo de ascenso no tiene la connotación de una prestación social que busque amparar alguna contingencia o riesgo del servidor, de manera que se enmarque en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social, como se desprende del siguiente aparte: (...).

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.

La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.[...]

139. Lo anterior, no obsta para los efectos económicos que el Decreto 1211 de 1990 le imprimió en materia de prestaciones por muerte en combate las cuales deben liquidarse con base en la asignación salarial que correspondía al grado superior, para los beneficiarios de quien perteneciendo a las Fuerzas Armadas pereció en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

La Sala prohíja el criterio expuesto en la sentencia anterior, y la aplicará al presente asunto.

5.4. Caso concreto.

5.4.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (fs. 16).
- Copia del registro civil de nacimiento de la demandante (fs. 17).
- Copia del registro civil de nacimiento del causante (fs. 67).



13-001-23-33-000-2015-00435-00

- Copia de la Resolución No. 2052 del 3 de julio de 2009, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, negó la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente presentada por la demandante (fs. 19 – 21).
- Copia de la Resolución No. 001078 del 5 de noviembre de 1999, por medio de la cual se honra la memoria y se confiere ascenso póstumo a unos soldados del Ejército Nacional, entre los que se encuentran el demandante (fs. 99).
- Copia de la Resolución No. 01496 de 17 de abril de 2000, por medio de la cual la demandada reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales a la demandante con ocasión a la muerte del causante (fs. 112)
- Copia del oficio No. OF14-24474 MDNSGDAGPSAP de 21 de abril de 2014, por medio del cual la accionada niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la accionante (fs. 23 – 24).
- Copia del registro civil de defunción de Walter Ayola García, donde consta que falleció el 3 de agosto de 1999 (fs. 18).
- Copia del informe administrativo por muerte, donde consta que la muerte del causante ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo combate, como consecuencia de la acción directa del enemigo en restablecimiento del orden público (fs. 89).
- Copia del expediente prestacional del causante (fs. 87 – 113).

5.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

5.4.2.1. Sobre la reliquidación de las cesantías dobles y el pago de los 48 meses de salario que le fueron reconocidas a la demandante con ocasión a la muerte del causante.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

El artículo 161 del CP.A.C.A., estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda, así:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

[...].

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, entre otras sentencias en la providencia el 6 de diciembre de 2018, dentro del proceso radicación No. 17001-23-33-000-2016-00273-01(0380-17), la normativa citada consagró la actuación administrativa como un presupuesto procesal de carácter obligatorio para quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En esa providencia señaló que la denominada vía gubernativa regulada por el C.C.A. y la actuación administrativa desarrollada en el C.P.A.C.A., se estableció la necesidad de que el interesado acuda ante la administración con el fin de que esta se pronuncie en forma definitiva frente a sus peticiones, previo a acudir a los mecanismos de control en sede judicial. En tal sentido, precisó:

“Ahora, debe señalarse que si bien con la Ley 1437 de 2011, desapareció el concepto de vía gubernativa, ello no quiere decir que no subsista la obligación de pedir ante la administración el derecho que eventualmente se reclamará en vía judicial, es decir, no se ha eliminado ese requisito, pues es claro que cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho ante la jurisdicción contenciosa



13-001-23-33-000-2015-00435-00

administrativa, este se hace a través de la solicitud de nulidad del acto que creó, modificó o extinguió una situación jurídica para el demandante y su consecuente restablecimiento, concepto que se ha reconocido como el principio de la decisión previa.²

En conclusión, en relación con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el C.P.A.C.A. conservó la obligación de acudir previamente a la administración antes de presentar la correspondiente demanda en la jurisdicción delo contencioso administrativo, pues de esta manera se garantiza el ejercicio de la función administrativa, así como la autotutela de la administración, con el fin de que resuelva los asuntos de su competencia y haga una revisión interna de sus propias determinaciones, las cuales posteriormente podrán ser sometidas al control de legalidad ante el juez de lo contencioso administrativo.

En el asunto bajo estudio, la demandante no solicitó a la accionada la reliquidación de las cesantías dobles y los 48 meses de salario que le fueron reconocidas con ocasión a la muerte del causante, y por ello la Sala deberá declarar de oficio la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, lo cual impide el estudio de fondo de las pretensiones examinadas.

5.4.2.2. Sobre la pensión de sobreviviente.

En el presente asunto se pretende la nulidad de los actos acusados por medio de los cuales se negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria de su hijo, a quien se reconoció el grado de Cabo Segundo póstumo del Ejército Nacional.

² Al respecto ver Sentencia de 26 de abril de 2018, Consejo de Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación 52001-23-33-004-2014-00276 (3164-2015).





13-001-23-33-000-2015-00435-00

La entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión solicitada porque a su juicio, el causante no es beneficiario de las prestaciones de que trata el Decreto 1211 de 1990.

Tal como quedó manifestado en el acápite normativo y jurisprudencial de esta sentencia, el Consejo de Estado, en casos similares, en aplicación del derecho fundamental a la igualdad y con el objeto de proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, ha aplicado el Decreto 1211/90, con el objeto de reconocer a los soldados, tanto regulares como voluntarios muertos en combate, la pensión de sobrevivientes prevista en dicho régimen.

Del estudio del ascenso póstumo realizado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes transcrita, se concluyó que tratándose de soldados voluntarios fallecidos en combate, estos tienen derecho a las prestaciones económicas establecidas en el Decreto 2728 de 1968, que contempla el ascenso póstumo, en virtud del cual el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y, por ende, a ser destinatario de las prestaciones que se le confieren a ese personal en los Decretos 89 de 1984, 85 de 1989, 1211 de 1990 y, posteriormente, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de ese año, los cuales consagraron de manera expresa la pensión de sobrevivientes.

Descendiendo al caso concreto, y analizado los documentos allegados al expediente, se observa el causante prestó sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Regular desde el 3 de marzo de 1995 hasta el 31 de agosto de 1996 y como Soldado Voluntario entre el 22 de noviembre de 1997 y el 3 de agosto de 1999, cuando ocurrió su deceso, el cual fue calificado como muerte en combate como consecuencia de la acción directa del enemigo en restablecimiento del orden público.

El soldado fallecido fue ascendido en forma póstuma, mediante Resolución No. 001078 del 5 de noviembre de 1999 al grado de Cabo Segundo, con fundamento





13-001-23-33-000-2015-00435-00

en el Decreto 2728 de 1968, por haber fallecido en cumplimiento de misiones para el mantenimiento y restablecimiento del orden público, combate por acción directa del enemigo.

Mediante Resolución No. 01496 de 17 de abril de 2000, se reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales producto del fallecimiento del cabo segundo (póstumo) a favor de la demandante, en su condición de madre del causante.

De los hechos probados, y atendiendo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, no cabe duda de que en el presente caso resulta aplicable el Decreto 1211/90, para efecto del reconocimiento pensional solicitado por la demandante.

El artículo 185 del Decreto 1211/90, establece el orden de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, así:

“ARTICULO 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:*

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

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





13-001-23-33-000-2015-00435-00

- 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.
- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.
- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

Al demostrarse que la demandante tiene la calidad de madre del causante, que el padre del causante había fallecido desde el 23 de agosto de 1991, y al no demostrarse la existencia de cónyuge ni hijos, es procedente el reconocimiento de la pensión solicitada, pues no se requiere acreditar ninguna otra condición, como lo sería la dependencia económica, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, entre otras sentencias, en la proferida el 17 de octubre de 2019, dentro del proceso radicado con el No. 85001-23-33-000-2013-00122-01 (0538-14).

Por otra parte, tal lo advirtió la sentencia de unificación comentada, no surge incompatibilidad entre la pensión y las prestaciones que se hubieren reconocido a los beneficiarios del soldado voluntario fallecido, de manera que no deberá ordenarse ningún descuento por concepto de los valores pagados a sus beneficiarios, por las prestaciones reconocidas por la muerte del causante.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

En conclusión, al demostrarse que se cumplen con los requisitos de la pensión de sobreviviente solicitada, la Sala accederá a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada por la parte demandante.

- Prescripción.

El artículo 174 del Decreto 1211/90, señala que los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En el sub-lite se observa que la demandante solicitó el pago de la pensión de sobreviviente en dos oportunidades.

Aunque no hay prueba dentro del expediente de la primera solicitud de reconocimiento pensional, sí se acreditó que fue denegada mediante la Resolución 2052 del 3 de julio de 2009. Tampoco demostró la demandante que hubiera demandado la nulidad de dicha resolución.

Como la demandante solo vino a solicitar por segunda vez su pensión de sobreviviente el 4 de abril de 2014, es evidente que interrumpió la prescripción extintiva de las mesadas causadas dentro de los cuatro años anteriores, esto es, las causadas entre el 4 de abril de 2010 y el 4 de abril de 2014.

Las mesadas causadas antes del 4 de abril de 2010 están claramente prescritas.





13-001-23-33-000-2015-00435-00

Como la accionante demandó judicialmente la pensión de sobreviviente dentro de los cuatro años siguientes a la segunda solicitud, solo debe declararse la prescripción de las mesadas causadas antes del 4 de abril de 2010.

- Indexación

La suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

- Condena en costas.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que la sentencia resultó favorable con ocasión a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado, y por ello resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: Declarar de oficio la excepción de inepta demanda, relacionada con las pretensiones de reliquidación de las cesantías dobles y pago de salarios.

SEGUNDO: Declárase la nulidad de la Resolución No. 2052 del 3 julio de 2009 y del oficio No. OFI14-24474 MDNSGDAGPSAP del 21 de abril de 2014, por medio de los cuales se negó la solicitud de pensión de sobreviviente a la demandante.

TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la demanda, en calidad de madre supérstite del ex Soldado Voluntario del Ejército Nacional Walter Ayola García, en cuantía del 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

CUARTO: Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.



13-001-23-33-000-2015-00435-00

QUINTO: Declara la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de abril de 2010.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN
Magistrada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 051 /2020
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

13-001-23-33-000-2015-00435-00

Código: FCA - 003 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1.9

