



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

17 DIC 2019

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

DEMANDANTE: ALEIDA CARACAS CARABALI Y OTRO

**DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO
NACIONAL**

RADICACIÓN: 152383333002 201700046 02

I. ASUNTO A RESOLVER

En virtud del informe secretarial que antecede, procede la Sala a proferir decisión de segunda instancia, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por ALEIDA CARACAS CARABALÍ y JOSÉ DEBER ARAT DÍAZ en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho CARMEN ROSA PEREZ VARGAS y JOSÉ DEBER ARARAT DÍAZ, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, con el fin de que se declare:

- La nulidad parcial de la Resolución No. 3811 del 18 de agosto de 2015, por medio de la cual se les reconoció pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su hijo Sebastián Ararat Caracas, quien fuera Soldado Regular.

- La nulidad del Oficio No. 20173130052721 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER 1.10, mediante el cual se negó la solicitud de ascenso póstumo del soldado Sebastián Ararat Caracas.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada pagar a los demandantes las diferencias que resulten entre la pensión reconocida y la que se debió cancelar desde el 10 de mayo de 2015, esto es, desde el día siguiente al fallecimiento del causante, y no desde la fecha en que sus beneficiarios cumplan 50 años de edad.

Como fundamento de sus pretensiones, la actora indicó que el joven SEBASTIÁN ARARAT CARACAS (q.e.p.d.) se incorporó al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional para prestar el servicio militar como soldado regular desde el 3 de abril de 2014, y prestó sus servicios a la institución hasta el día de su muerte, lo cual aconteció el 9 de mayo de 2015.

Narró que el soldado Ararat Caracas se encontraba adelantando actividades propias de una misión denominada “MONTREAL” en jurisdicción del Municipio de Toledo de Norte de Santander y que en un establecimiento comercial, a las 7 a.m., fueron asesinados por miembros del grupo armado E.L.N., de suerte que la causa de su deceso se estableció como “*por acción directa del enemigo*”.

Que como consecuencia de la calificación de la muerte, mediante Resolución No. 3811 de 18 de agosto de 2015, el Ejército Nacional reconoció pensión de sobrevivientes a favor de los padres del soldado fallecido, señores Aleida Caracas Carabalí y José Deber Ararat Díaz, con efectos fiscales a partir de la fecha en que cumplan 50 años de edad.

Mencionó que los demandantes solicitaron el ascenso póstumo de su hijo, pero que dicha petición no ha sido resuelta (fls. 1 – 4).

2.2. LA PROVIDENCIA APELADA. Corresponde al fallo de 24 de abril de 2019, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, accedió parcialmente a las pretensiones, de modo que resolvió inaplicar el parágrafo del artículo 5 de la Ley 447 de

1998, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 3811 de 18 de agosto de 2015, y a título de restablecimiento del derecho condenó a la entidad demandada a pagar a favor de los señores Aleida Caracas Carabalí y José Deber Ararat Díaz, la pensión de sobrevivientes, pero con efectos fiscales a partir del 11 de mayo de 2015.

Para arribar a esta decisión, el *a quo*, luego de referirse al marco legal y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes por muerte de soldado regular y del ascenso póstumo de esta clase de soldados y concluyó que el hecho de condicionar el pago de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de conscriptos, a partir de la fecha en que cumplan 50 años de edad resulta inequitativo y desigualitario, en tanto, los causantes se encontraban al servicio del Estado en cumplimiento de un deber constitucional.

Sobre el ascenso póstumo del soldado Sebastián Ararat Caracas explicó que los conscriptos no gozan de este derecho, habida cuenta que derivado del fallecimiento, únicamente se reconoce la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 447 de 1998. De este modo, negó la pretensión dirigida en este sentido (fls. 258 – 263).

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN. La apoderada judicial de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, y como fundamento expuso que la decisión de la Administración se ajustó a derecho, como quiera que de acuerdo con lo reglado por el artículo 5 de la Ley 447 de 1998, en concordancia con el Decreto 4433 de 2004, es requisito para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, que los padres cuenten con 50 años de edad, lo que no ocurre en el *sub lite*.

Indicó que no correspondía inaplicar la norma que precisamente reconoció la pensión de sobrevivientes, puesto que, en garantía del principio de inescindibilidad de la ley, se debe hacer uso de la norma en su integridad y no de manera parcial.

Afirmó que, con respecto a la desigualdad señalada por el *a quo*, tratándose de requisitos, se presentan circunstancias diferenciadoras en

varios casos, cuyo punto en común consiste únicamente en la prestación de un servicio constitucional, mientras que deben respetarse los distintos regímenes pensionales que cobijan de forma distinta a suboficiales y oficiales, toda vez que *"dichas medidas han sido adoptadas por el legislador en aras a proteger el sistema pensional; sin que ello implique vulneración alguna, máxime cuando la pensión de sobrevivientes ha sido reconocida a los demandantes, precisamente por las situaciones especiales en las que se produce el deceso, de quien solo tenía un vínculo especial con la accionada mas no laboral"*.

Finalmente, precisó que su único motivo de inconformidad es la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución 3811 de 18 de agosto de 2015 y por la medida adoptada a título de restablecimiento del derecho (fls. 271 – 272).

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Dentro del término conferido para el efecto, las partes presentaron sus respectivos escritos:

- La **parte actora**, solicitó se confirme la decisión apelada, en el sentido de mantener la inaplicación del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 447 de 1998 y, en virtud del principio de igualdad material, se de aplicación al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, puesto que tanto oficiales, suboficiales, como soldados regulares, fallecen de la misma manera, esto es, por acción del enemigo, en defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

Estimó que el trato discriminatorio que se encuentra en la ley desconoce el derecho a la seguridad social, por cuanto no admite la posibilidad de acceder a los beneficios que amparen contingencias derivadas de la muerte de los conscriptos (fls. 291 – 292).

- La **Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** sostuvo que correspondía a los demandantes acreditar que no cuentan actualmente con medios económicos para una vida digna y que dependían única y exclusivamente del causante, quien se encontraba prestando servicio

militar obligatorio, y que por ende, no existe prueba sobre el ejercicio de alguna actividad económica previa.

Arguyó que debe garantizarse el principio de la seguridad jurídica y de la sostenibilidad financiera, y que por tanto la inaplicación de una norma debe estar respaldada en evidencia soporte el peligro o riesgo de vulnerar un derecho fundamental.

Por último, recalcó que no se encuentran presentes los presupuestos necesarios para inaplicar el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, y que, en consecuencia se debía mantener la decisión adoptada por la entidad demandada (fls. 293 – 294).

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con inconformidad manifestada por el apelante, el problema jurídico se contrae a determinar si resulta o no procedente la inaplicación del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes a los padres del soldado regular Sebastián Ararat Caracas, a partir del día siguiente de su fallecimiento, a pesar que no contaban con los 50 años de edad que señala la norma.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** De la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública; **ii)** Posición del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia; **iii)** Caso concreto.

3.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.2.1. De la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública

Sea lo primero señalar que la pensión de sobrevivientes hace parte de aquellas prestaciones que permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertos eventos que pueden llegar a suceder, como son las enfermedades, los accidentes o los procesos naturales como la maternidad, la vejez, etc.¹

Sobre el particular, la Corte constitucional señaló que *"La **finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia⁴, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido⁵. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades."***² (Subraya fuera de texto).

A más de lo anterior, el Tribunal Constitucional indicó que la pensión de sobrevivientes, en la medida en que suple el soporte material indispensable para la satisfacción del mínimo vital de sus beneficiarios, se constituye en un **derecho de contenido fundamental**³.

Descendiendo al caso particular, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cuentan con un régimen especial prestacional, pues se encuentran excluidos de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la ley 100 de 1993; así, el artículo 217 Superior autoriza al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, en concordancia con el literal e), del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Bajo ese contexto debe decirse, que artículo 8 del 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*

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-484 de 2012

² Corte Constitucional, sentencia T-326 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Sentencia T-484 de 2012

Militares”, estableció 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 tenor de la norma es el 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.

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.”.

Tal y como se puede observar, la citada normatividad no estipuló el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado muerto, pues solo determinó una compensación por muerte en caso de que el soldado hubiese fallecido en combate, misión o por diferentes causas.

No obstante, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reformó el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, estipuló lo siguiente:

“(…) 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, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente

superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.(...). (Lo subrayado es de la Sala).

Nótese que el citado artículo estableció 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.

En cuanto al orden de beneficiarios al que se refiere esta normatividad, el artículo 185 *ibídem* señaló que:

"(...) 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 dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.
- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
- Si no concurre 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. (...)

Bajo estos supuestos, resultó evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias; es por ello que en casos con contornos similares al presente, esta Corporación ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad, así como proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, es viable aplicar el Decreto 1211 de 1990 con el objetivo de reconocer la pensión de sobrevivientes prevista en dicho régimen. Al respecto, se ha sostenido⁴:

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

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (...)"

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 7 de julio de 2011, Radicación No.: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09).

Por lo tanto, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia⁵, atendiendo el principio de la supremacía de la Constitución, ha inaplicado el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, como quiera que este no reconoce la pensión de sobrevivientes a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y ha aplicado lo contemplado en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, la que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Posteriormente fue expedida la Ley 447 de 1998, "*Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.*", en cuyo artículo primero se dispuso que a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.

De esta forma, fue zanjada la desigualdad que se venía presentando entre soldados que se encontraban prestando el servicio militar obligatorio y aquellos que venían ejerciendo la carrera militar como oficiales o suboficiales. No obstante, para el caso de los primeros, el artículo 5 *ibídem* incluyó una condición especial que debían reunir los padres beneficiados con la prestación. El tenor de la norma es el siguiente:

ARTICULO 5o. BENEFICIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 26 de enero de 2017, Radicación No.: 680012333000201400278 01.

En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.

PARAGAFOS <sic> 1o. Establécese como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6o. de esta ley.

En sentencia de 24 de mayo de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, expediente No. 05001-23-33-000-2013-00269-01(3539-14), se confirmó providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se resolvió un caso de idénticos contornos al que aquí se analiza. En esa ocasión, el Alto Tribunal señaló:

"Revisadas y analizadas los artículos artículos 189, 190 y 191 del Decreto Ley 1211 de 1990, y 19, 20 y 21 del Decreto 4433 de 2004, en relación a la pensión de sobreviviente por muerte de oficiales, suboficiales y soldados profesionales en (i) combate, (ii) misión de servicio, o (iii) simplemente en actividad, ninguna de esas normas contiene, la previsión como consagrada en el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 447 de 1998, norma ésta última fundamento del acto administrativo demandado. Vale decir, la pensión de sobreviviente, surgida por la muerte en combate, en misión de servicio o en simple actividad personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, no se está sujeta a condición suspensiva, en tanto, por la muerte en combate de un soldado que presta servicio militar obligatorio, si lo está.

Por lo anterior, se evidencia que al condicionar la pensión de sobrevivientes como lo hace el párrafo 1º del artículo 5 de la ley 447 de 1998, puede presentarse un trato inequitativo e injustificado entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de las personas que fallecen en la prestación del servicio militar obligatorio (soldados) con los beneficiarios del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales muertos en las mismas circunstancias, siendo que como lo ha anotado la jurisprudencia de la Corte Constitucional "...los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la

independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional". Entonces, no debería condicionarse la pensión en casos como el analizado.

Sumado a lo anterior, el párrafo 1º del artículo 5º de la ley 447 de 1998, respecto del personal de soldados que presta servicio militar obligatorio, presenta un trato inequitativo e injusto no solo al interior del Ejército, como ha quedado establecido, sino también en relación con el régimen general." (Negrilla de la Sala)

Se colige de lo anterior que los pronunciamientos de esta jurisdicción han marcado una clara tendencia a proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra, tal como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-013-S2 de 4 de octubre de 2018, donde analizó el tema de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de soldados voluntarios.

3.3. CASO CONCRETO

Con el fin de resolver la inconformidad planteada por la entidad demandada en su recurso de apelación, la Sala encuentra probado lo siguiente:

(i) Entre el 3 de abril de 2014 y el 9 de mayo de 2015 (fallecimiento), el joven Sebastián Ararat Caracas, hizo parte del Ejército Nacional de Colombia, en su calidad de soldado regular (fl. 87).

(ii) El 9 de mayo de 2015 falleció el joven Sebastián Ararat Caracas, tal como se verifica en su registro civil de defunción (fl. 82).

(iii) Según informativo administrativo por muerte No. 002/2015, el soldado regular Ararat Caracas fue muerto por acción directa del enemigo, por integrantes del grupo al margen de la ley ELN, en la vía que conduce del Municipio de Cubará – Boyacá al corregimiento de Samore en el Municipio de Toledo – Norte de Santander, el 9 de mayo de 2015 (fl. 81)

(iv) Por medio de la Resolución No. 3811 de 18 de agosto de 2015, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional le reconoció pensión de sobrevivientes a los señores Aleida Caracas Carabalí y José Deber Ararat Díaz, en su calidad de padres del fallecido soldado Sebastián Ararat Caracas. No obstante, en la parte motiva del acto administrativo se señaló que los beneficiarios no reunían el requisito previsto en el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, esto es, que contaran con 50 años de edad, y por tanto, se dispuso no reconocer suma alguna a su favor (fls. 12 – 14).

Analizados tanto el acto demandado, como la sentencia apelada y su respectiva alzada, es claro que la inconformidad radica, de una parte, en el condicionamiento del pago de la pensión de sobrevivientes al cumplimiento de la edad de 50 años para sus beneficiarios, y la consecuente inaplicación de la norma que impone tal condición.

Pues bien, observa la Sala que la prestación cuyo pago se autorizó por medio de la Ley 447 de 1998, contó claramente con una limitante, que consiste en exigir que los beneficiarios – padres del soldado regular fallecido – cuenten con 50 años para poder recibir el pago de la pensión de sobrevivientes, tal como quedó plasmado en el párrafo primero de su artículo 5.

Es clara entonces la contradicción que se presenta entre el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 447 de 1998, en cuanto prevé la suspensión del pago de la pensión de sobrevivientes hasta cumplir 50 años de edad y la Ley 923 de 2004, su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, la Ley 100 de 1993, y la aplicación de los principios de igualdad, favorabilidad, que como ya se señaló, son plenamente observados por esta jurisdicción en casos de similares contornos.

De acuerdo con las normas que regulan las prestaciones de los miembros del Ejército Nacional, (Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, Ley 447 de 1998, Ley 923 de 2004 y al Decreto 4433 de 2004) para acceder a la pensión de sobrevivientes se exige la vinculación, el fallecimiento del integrante de la fuerza pública y las circunstancias de la

muerte, pero de ninguna forma la ley marco se refiere al tiempo de servicio y menos a la edad de los beneficiarios; por lo que en tal como lo indicó la primera instancia, el presupuesto de los 50 años, respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, no se puede aplicar en vigencia de la Ley 923 de 2003 y del Decreto 4433 de 2004, habida consideración que estas normas no lo exigen, contrario sensu, se restringe el derecho y la finalidad de la pensión de sobrevivientes.

Tampoco los decretos 1211, 1212, 1213 de 1990, normas especiales que otorgan la pensión de sobrevivientes frente a otros miembros de la Policía y el Ejército Nacional, ni la Ley 100 de 1993, régimen general, contemplan el condicionamiento previsto en el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 447 de 1998, razón por la cual, no resulta razonable esa diferenciación, puesto que se trata de un condicionamiento inadmisibles que vulnera el derecho a la igualdad.

Por lo anterior, no le asiste razón al apelante en cuanto justifica la distinción de requisitos y, en tal sentido, en aplicación de la posición actual del Consejo de Estado, en cuanto ampara al trabajador y sus beneficiarios con la aplicación de la normatividad más favorable, se confirmará la sentencia impugnada, en tanto inaplicó el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 447 de 1998 y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes, sin tener en cuenta el condicionamiento por razón de la edad, allí incluido.

3.4. DE LAS COSTAS

La Sala condenará en costas a la parte recurrente en esta segunda instancia, puesto que resultó desfavorable su recurso de apelación, conforme lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP y porque además en el expediente está demostrada su causación en la medida que la parte demandante desplegó actuaciones en segunda instancia, al haber presentado alegatos de conclusión, como puede evidenciarse en el escrito radicado el 27 de agosto de 2019 (fl. 290), conforme lo previsto en el numeral 8 del aludido artículo 365 del CGP.

Corresponderá al Juez de primera instancia fijar el monto de las agencias en derecho conforme lo señalado en el artículo 366 del CGP.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandada, conforme lo expuesto.

TERCERO.- Corresponderá al Juez de primera instancia fijar el monto de las agencias en derecho conforme lo señalado en el artículo 366 del CGP.

CUARTO.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

216 16^º DIC 2019