

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Tunja, 24 de junio de 2020

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

**Tema:** Confirma fallo de primera instancia y modifica. Reconocimiento pensión de sobreviviente a soldado voluntario. Se inaplica artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 para en su lugar aplicar el Decreto 1211 de 1990 conforme a sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de octubre de 2018.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

**1. Pretensiones**

Declarar la nulidad de la resolución No 2841 del 11 de junio de 2014 suscrita por **ASTRID ROJAS SARMIENTO Y LINA MARÍA TORRES CAMARGO**, directora administrativa y coordinadora del grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa, mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada y a favor de los demandantes se reconozca de conformidad con el Decreto Ley 1211 de 1990, una pensión e sobrevivientes por ser los padres beneficiarios del cabo tercero (p) Miguel Ángel Hernández Martínez (q.e.p.d), teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima de actividad (49.5% del sueldo básico) y 1/12 de la prima de navidad.

Que también se ordene pagar en su favor las mesadas y demás haberes causados y dejados de percibir desde el día siguiente al fallecimiento del causante, con las debidas actualizaciones e indexaciones y hasta el momento en que se incluya de manera definitiva a los demandante en la nómina de pensionados del Ministerio de Defensa Nacional. Téngase en cuenta la base salarial conformada por todos los factores salariales o partidas computables de Ley para la liquidación y determinación de la pensión de sobrevivientes.

Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192, 195 del C.P.A.C.A.

Condenar a la demandada en costas.

## **2. Fundamentos fácticos**

Narra la demanda que el cabo tercero Miguel Ángel Hernández Martínez (Q.E.P.D) era hijo de los señores Julio Roberto Hernández Rodríguez y María Elvia Martínez de Rodríguez, tal como lo prueba su registro civil de nacimiento.

Se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular y posteriormente como soldado voluntario, hasta cuando se produjo su deceso el 10 de julio del año 2002, cuando fue dado de baja en combate por acción directa del enemigo en la vereda Piedra de Sal en el Espino departamento de Boyacá, estando el militar adscrito al Batallón de Contraguerrilla No 1 MUISCAS.

Completó un tiempo total de servicio de 5 años, 5 meses y 18 días conforme consta en su hoja de servicios.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

Mediante Resolución No 000205 del 10 de marzo de 2003, el comandante del Ejército Nacional, ascendió en forma póstuma al causante, al grado de Cabo Tercero.

El causante al momento de su muerte no tenía matrimonio, unión marital de hecho declarada ni hijos, por lo que sus beneficiarios son sus padres, condición que quedó acreditada en la resolución No 27091 del 4 de abril de 2003 en donde el Ejército Nacional les reconoció una compensación por la muerte de su hijo.

El 1° de abril de 2014, los demandantes solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, para lo cual, al tenor del Decreto 1211 de 1990 no debían acreditar dependencia económica. Dicha solicitud fue negada mediante resolución No 2841 del 11 de junio de 2014.

### **3. Fundamentos de derecho**

#### **- Normas invocadas:**

**Constitucionales:** artículo 1, 2, 5, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 121, 208, 209 de la Constitución Política de Colombia.

**Legales:** Artículo 8 de la Ley 153 de 1987; Decreto Ley 1211 de 1990 artículos 158 y 189 literal D; Artículos 10, 13 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **- Concepto de violación**

Considera la parte actora que la decisión contenida en el acto administrativo demandado desconoce derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, a la seguridad social, el debido proceso, protección a la familia, además de desconocer el precedente que sobre la pensión de sobrevivientes ha decantado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

La entidad demandada para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aquí demandada tuvo en cuenta las previsiones de la Ley 131 de 1985 y el Decreto 2728 de 1968. No obstante, la entidad debió tener en cuenta el Decreto 1211 de 1990, por cuanto resulta más benéfico a los demandantes, toda vez que reguló la muerte por acción directa del enemigo en combate en mantenimiento y restablecimiento del orden público, situación que cobijó al causante y que incluso, generó que fuese ascendido al grado de cabo tercero.

Indicó que el Decreto 2728 de 1968 estableció que la muerte de los soldados o grumetes en servicio activo – 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 – da derecho a que el occiso sea ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero y a sus beneficiarios al reconocimiento y pago de 48 meses de haberes correspondientes a dicho grado y el pago de cesantías dobles.

Sin embargo el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 189 reguló la muerte en combate de oficiales y suboficiales de la fuerzas militares en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, estableciendo que sus beneficiarios tendrían derecho a que el tesoro público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, el pago doble de cesantía por el tiempo servido por el causante, y finalmente estableció que si el oficial o suboficial hubiere cumplido 12 o más años de servicio, sus beneficiarios, tendrían derecho 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.

Dicho decreto señaló que en caso de que no tuviese los 12 años, sus beneficiarios con excepción de sus hermanos, tendrían derecho al pago de una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158.

Señaló entonces que no existe razón para las diferenciaciones hechas por la demandada, quien debió aplicar por favorabilidad el Decreto 1211 a los beneficiarios del demandante concediendo la pensión de sobrevivientes.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

Al efecto solicita aplicar el precedente vertical – resaltando que es obligatorio – para tener en cuenta que el Consejo de Estado ha señalado que:

*“no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la fuerza pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios el servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.*

*No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que el 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.”*

A partir de lo anterior, indicó la parte actora, para hacer efectivo el derecho a la igualdad y con base en el principio de favorabilidad en materia laboral, el Consejo de Estado ha procurado zanjar esa diferencia inaplicando el artículo 8° del Decreto 2728 para reconocer la pensión de sobrevivientes a beneficiarios de soldados fallecidos en combate o por acción del enemigo, al amparo de lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990. Mencionó el demandante otras sentencias del Consejo de Estado que han sostenido el criterio antes referido.

Finalmente indicó que los emolumentos que debe tenerse en cuenta para liquidar la mesada, tomando en cuenta para ello lo señalado por el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 11 de marzo de 2015 ante el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.<sup>1</sup>

Mediante proveído del 11 de junio de 2015, ese despacho admitió la demanda y ordenó notificar a la Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, al Agente

---

<sup>1</sup> Ver folio 46 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

del Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P.. Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.<sup>2</sup>.

### **1. Contestación de la demanda<sup>3</sup>**

**El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que carecen de sustento jurídico y probatorio, además teniendo en cuenta que de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha en que ocurrió el deceso a los aquí demandantes no les asiste derecho al reconocimiento pensional reclamado conforme al Decreto 1211 de 1990, pues la norma que regula el caso es el Decreto 2728 de 1968 que modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas militares, el cual no reconoce la reclamada pensión de sobrevivientes.

No obstante, el Decreto 1211 de 1990 no es aplicable al demandante, ya que este se expide para reformar el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y no de los soldados regulares o voluntarios.. Aunado a lo anterior, señaló que no existe sentencia de unificación que permita aplicar la referida norma a los demandantes.

Adujo que con base en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, es constitucional la diferenciación hecha por las normas referenciadas, en razón de que se trata de que las fuerzas militares son un cuerpo funcionalmente jerarquizado, por lo que el legislador ha dispuesto regulación prestacional diferente para los oficiales y suboficiales y otra para los soldados y grumetes que prestan servicio militar obligatorio, para el personal de soldados voluntarios de las Fuerzas Militares y para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, razón por la cual el Decreto 1211 de 1990 no aplica al caso y por ende se deben negar las pretensiones de la demanda.

---

<sup>2</sup> Ver folios 48 a 50 del expediente

<sup>3</sup> Ver folios 60 a 65 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

Solicitó sin embargo, que en caso de acceder a las pretensiones se estudie la prescripción cuatrienal de las mesadas y se ordene que de la condena se descuenten de manera indexada los valores que por indemnización y compensación por muerte, recibieron los demandantes, toda vez que las dos prestaciones son incompatibles.

## **2. Audiencia inicial**

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja, mediante auto del 25 de febrero de 2016 fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.<sup>4</sup>

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial y evacuadas las etapas de ésta, se fijó fecha para el recaudo de las pruebas decretadas, para el día 27 de mayo de 2016, fecha en la cual se dio por concluida la etapa probatoria, corriendo entonces traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.<sup>5</sup>

## **3. Alegatos de conclusión**

### **3.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante<sup>6</sup>**

Reiteró los argumentos planteados en la demanda.

### **3.2. Alegatos de conclusión presentados por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**

La entidad demandada guardó silencio.

## **III. FALLO RECURRIDO**

---

<sup>4</sup> Ver folio 112 del expediente

<sup>5</sup> Ver folios 157 y 158 del expediente

<sup>6</sup> Ver folios 160 a 163 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante fallo proferido el 13 de julio de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual planteó el siguiente problema jurídico:

“Determinar si los señores MARÍA ELVIA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ tienen derecho a que se les reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiarios del Cabo Tercero MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 ”

El a quo accedió a las pretensiones de la demanda y para llegar a dicha decisión analizó el concepto de la pensión de sobrevivientes y al establecer la norma aplicable al caso, señaló que el Decreto 2728 de 1968 en su artículo 8° no contempló la concesión de la pensión de sobrevivientes para el caso de los soldados muertos en combate o por acción directa del enemigo bien en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público.

Posteriormente el Decreto 1211 de 1990 estableció en su artículo 185 el orden de beneficiarios de la asignación de retiro, de la cual serían beneficiarios los padres en caso de no existir cónyuge ni hijos. El mismo Decreto, en su artículo 189, reguló la muerte en combate para el caso de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, señalando que si el oficial o suboficial no hubiere cumplido 12 años de servicios, sus beneficiarios, con excepción de los hermanos, tendrían derecho a una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del mismo decreto.

Posteriormente, el artículo 5 de la Ley 447 de 1998, estableció que a partir de su vigencia, a la muerte de la persona vinculada a la fuerzas militares 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, tendrían derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente.

Estudió entonces el a quo el principio de favorabilidad en materia laboral para concluir que el Consejo de Estado ha inaplicado el artículo 8° del Decreto 2227 de 1968 y ha ordenado a favor de los beneficiarios del soldado que muere con ocasión de la

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

prestación de sus servicios a las fuerzas militares el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del literal d del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Señaló que dicha corporación ha sustentado dicha tesis argumentando que en atención a que el Decreto 2728 de 1968 no reconoció la pensión de sobrevivientes que consagra el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales que fallecen en las mismas condiciones que los soldados ascendidos póstumamente al grado de cabo segundo, resulta injustificado, violatorio del derecho a la igualdad y desconocedor de la estabilidad económica que debe propenderse para el núcleo familiar del soldado que fallece prestando sus servicios al Estado, la aplicación del primer decreto, pues dicho núcleo familiar con el hecho de la muerte de uno de sus integrantes, además de verse afectado emocionalmente también se ve desprotegido económicamente, en tanto aquél representaba en vida un respaldo económico.

Trae a colación la juez de primera instancia otros pronunciamientos jurisprudenciales en el mismo sentido, para concluir que se debe garantizar de manera efectiva los valores superiores de la Constitución Política y, de paso, ofrecer un tratamiento razonable y congruente con el precedente judicial, por lo que decide aplicar al caso en estudio, lo preceptuado en el Decreto 1211 de 1990, por ser más favorable y encontrarse vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos.

Declaró el a quo la prosperidad de la prescripción cuatrienal de las mesadas, por lo que ordenó a la demandada el pago de la referida pensión con efectos fiscales desde el 1 de abril de 2010.

Finalmente, en lo que toca a la petición elevada por la demandada consistente en que, de acceder a las pretensiones, se ordene el descuento de la indemnización reconocida a los demandantes como consecuencia del deceso de su hijo, la juez de primera instancia, no accedió a dicha petición señalando que el Consejo de Estado ha señalado que el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y las cesantías no son incompatibles con la pensión de sobrevivientes, por cuanto el derecho a recibir las dos primeras se causa con el hecho del fallecimiento, independientemente de que haya lugar al reconocimiento de la pensión.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

En consecuencia, en razón de que la indemnización por muerte y la pensión de sobrevivientes obedecen a naturaleza distinta, el reconocimiento y pago de las mismas no resulta incompatible, pues mientras la primera tienen un carácter meramente indemnizatorio, la segunda tiene un carácter asistencial dirigido a dar respuesta a las situaciones que se deriven de la muerte del beneficiario.

De otra parte indicó que el acto administrativo por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de compensación por muerte y cesantía definitiva a los demandante, no ha sido revocado ni declarado nulo ante esta jurisdicción, se presume su validez y legalidad, por lo que no se encuentra justificada la obligación de restituir las sumas pagadas por dichos conceptos.

#### **IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

##### **Recurso de apelación presentado por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional<sup>7</sup>**

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional recurrió la decisión de primera instancia señalando que se evidencia la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, porque con fundamento en las previsiones del artículo 217 de la Constitución Política se autorizó la creación de un régimen especial para el personal de las fuerzas militares, el cual regula de manera separada la carrera profesional y el régimen de prestaciones sociales de los diferentes estamentos que las integran, en razón de que son un cuerpo funcionalmente jerarquizado, que cumple unas finalidades y cometidos específicos que se resumen en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por lo anterior, el legislador ha establecido una regulación prestacional diferente para oficiales y suboficiales y para soldados.

Para el caso del cabo segundo Miguel Ángel Hernández Rodríguez, al ser soldado voluntario, la norma aplicable por disposición del legislador era el Decreto 2728 de 1968 que no consagró el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pedida en este proceso, a lo que debe agregarse que no alcanzó a completar los 12 años de

---

<sup>7</sup> Ver folios 177 a 179 del expediente

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

servicios necesarios para acceder a dicho derecho, por lo que solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

## **V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

La Juez Séptimo Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por entidad demandada<sup>8</sup>.

Mediante providencia del 23 de mayo de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada<sup>9</sup>.

A través de proveído de 11 de agosto de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA<sup>10</sup>.

### **1. Alegatos de conclusión presentados por el demandante<sup>11</sup>**

Luego de realizar una síntesis de los antecedentes de este proceso, estudió la normatividad aplicable al caso indicando que el decreto 2728 de 1968 no previó la pensión de sobrevivientes para los soldados voluntarios muertos en combate; por su parte, el Decreto 1211 de 1990 la reconoció pero solo a favor de oficiales y suboficiales que fallecieron en combate, aunque posteriormente le Ley 447 de 1998 extendió el beneficio pensional a la persona vinculada a las fuerzas militares por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, restringiéndolo a que el fallecimiento hubiese ocurrido en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

---

<sup>8</sup> Ver folio 206 del expediente.

<sup>9</sup> Ver folio 212 del expediente

<sup>10</sup> Ver folio 217 del expediente.

<sup>11</sup> Ver folios 227 a 235 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

No obstante, ante la ausencia de norma regulatoria para los soldados voluntarios, analizó el Ministerio Público jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional para concluir que en dicha situación se presenta un trato diferenciado entre los soldados voluntario y los oficiales y suboficiales y que falezcan en combate o por acción directa del enemigo, por cuanto a los beneficiarios de éstos últimos se les reconoce la prestación consistente en la pensión de sobreviviente, y en cambio a los primeros no. Así, aplicando la figura de la excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado ha reconocido la pensión de sobreviviente a los beneficiarios de los soldados que fallecen en combate o por la acción directa del enemigo, en aplicación del principio de igualdad material en tanto soldados como oficiales y suboficiales prestan sus servicios a las fuerzas militares.

Descendiendo al caso concreto concluyó el Ministerio Público que se presentan todos los presupuestos para que esta Sala reconozca a los demandantes la pensión pedida, en razón a que el causante prestó sus servicios al Ejército nacional durante 5 años, 3 meses y 18 días, es decir un lapso inferior a 12 años, por lo que el monto de la prestación pensional, de acuerdo con el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra sentencias dictadas por los jueces administrativos.

### **2. Problema jurídico**

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso presentado por la parte demandada y los fundamentos de la sentencia impugnada, corresponde a esta Sala determinar si es procedente que a los demandantes, en su condición de padres del soldado voluntario Miguel Ángel Hernández Martínez, quien falleció en combate el 10 de julio de 2002 y fue ascendido de forma póstuma al grado de cabo tercero, se les

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

otorgue la pensión de sobrevivientes prevista en el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, *“por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.”*

### **3. De la pensión de sobrevivientes en las Fuerzas Militares**

Es importante precisar que en el proceso se demostró que el joven Miguel Ángel Hernández Martínez (q.e.p.d) prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 17 de diciembre de 1996 hasta el 10 de julio de 2002 cuando ocurrió su fallecimiento, que fue calificado por la entidad como EN COMBATE Y POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO.

Al incluir el servicio militar obligatorio prestó sus servicios a dicha institución en total por 5 años, 6 meses y 14 días. Igualmente, a través de la Resolución 000205 del 12 de marzo de 2003 el comandante del Ejército Nacional ascendió, de forma póstuma, al soldado Hernández Martínez, al grado de cabo tercero, con novedad fiscal de 10 de julio de 2002.

En el caso bajo estudio, se pide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la demandada atendiendo a lo dispuesto por 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 cuyo artículo 8º, 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 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».

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

En el año de 1990 se expidió el Decreto 1211 *“Por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, que estableció 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, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior; cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.
- b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.
- d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.”

Posteriormente se expidió 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”*, que indicó:

**“Artículo 1. Muerte en combate. A partir de la vigencia de la presente ley**, a la muerte de la persona vinculada a las FF. AA. 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.”

Finalmente la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 consagraron de manera expresa, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000. 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.

Se concluye entonces de las normas transcritas que:

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

- El Decreto 2728 de 1968 reconoce a los soldados voluntarios 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 de 1990 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 **sí se cuenta la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.**
- A través de la Ley 447 de 1998 se consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio.
- la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 consagraron de manera expresa, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000. 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.

El Decreto 1211 de 1990 estableció el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para oficiales y suboficiales muertos en combate; la Ley 447 de 1998 lo hizo con respecto a los soldados que se encontrasen prestando el servicio militar obligatorio; y el Decreto 4433 de 2004 la consagró a los soldados que habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000, y pese que el mentado decreto fue expedido en el año 2004, concedió efectos retroactivos respecto de los soldados vinculados entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003.

En consecuencia, quedaron desprotegidos respecto de la pensión de sobrevivientes, los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 7 de agosto de 2002, diferenciación que no se compadecía con el derecho a la igualdad.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación el 4 de octubre de 2018 dentro del expediente con No radicado 050012333000201300741-01 No. Interno: 4648-2015, Demandante: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

Quintero, Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, en la que unificó sobre los siguientes temas:

- El régimen aplicable en relación con el 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.
- Compatibilidad de la pensión de sobrevivientes y la indemnización por muerte reconocida a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate

Al respecto, luego de un extenso análisis interpretativo, fijó las siguientes subreglas:

**"157. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:**

1. Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.
2. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.
3. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, 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 término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990)."

En cuanto lo relativo a la prescripción del derecho adujo que "**156. En relación con la prescripción, se debe atender el término cuatrienal del régimen especial contenido en el régimen especial, esto es el cuatrienal contemplado tanto en el artículo 169 del Decreto 095 de 1989 como en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990...**"

Advirtió que "**159. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa.**<sup>12</sup> Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada con miras a su aplicación

---

<sup>12</sup> Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

*obligatoria o vinculante. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,<sup>13</sup> se convierten en su propia «regla de reconocimiento».<sup>14</sup>*

Finalmente, en relación con los efectos en el tiempo de la sentencia de unificación precisó:

"... 187. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

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

En la sentencia se decidió entonces:

"Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

- Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

- Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

- Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, 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 término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990)."

Es dable además tener en cuenta que la referida sentencia de unificación, en lo que toca con los ascensos póstumos, señaló que los soldados voluntarios fallecidos en combate tienen el derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual 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 contenidas en los regímenes prestacionales de ese personal, que en su

---

<sup>13</sup> Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA

<sup>14</sup> A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señalan que «[...] Las normas pueden ser "convertidas" en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son "convertidas" en razones por A [el agente]. [...] » . Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

orden serían los Decretos 89 de 1984<sup>15</sup>, 85 de 1989 y 1211 de 1990 y posteriormente, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, los cuales consagraron de manera expresa la pensión de sobrevivientes para ese personal.

Igualmente indicó:

*“... si bien por virtud del Decreto 2728 de 1968, los soldados voluntarios fallecidos en combate ascendían a suboficiales y por ende eran destinatarios del Decreto 89 de 1984, tal regulación solo contemplaba la pensión de sobrevivientes para aquellos miembros de la Fuerza Pública que hubieran fallecido en combate y tuvieran 12 o más años de servicios, lo que no les permitía acceder a la aludida prestación por muerte, como quiera que al haberse incorporado en esa calidad a las Fuerzas Militares no les era dable reunir el requisito temporal que la norma exigía toda vez que ningún soldado voluntario habría podido prestar sus servicios durante 12 años en vigencia del decreto en mención.*

*Para dar solución al anterior interrogante explicó que con la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989 los soldados voluntarios obtuvieron el derecho a tal prestación, toda vez que la aludida disposición la preveía con independencia del tiempo de servicio, lo cual se mantuvo con el Decreto 1211 de 1990, normas que regulan el supuesto de hecho consistente en la muerte de un miembro 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», toda vez que dichos servidores están sometidos al riesgo especial que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, comprometen.*

*Por tanto, dijo, no era razonable ni existía justificación válida para que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990<sup>16</sup> ordenen un ascenso póstumo del soldado que fallece en combate, así como el reconocimiento de unas prestaciones económicas en favor de sus beneficiarios, pero no el pago de la pensión de sobrevivientes, razón por la cual, en aras de materializar el derecho a la igualdad y la protección de sus beneficiarios, se consideraba necesario inaplicar el Decreto 2728 de 1968, para dar paso al reconocimiento prestacional con base en los Decretos 95 de 1989 o 1211 de 1990, dependiendo de la fecha de la muerte del causante.”<sup>17</sup>*

Bajo los anteriores criterios, resolverá la Sala el caso concreto.

#### **4. Valoración probatoria y solución al caso concreto**

##### **4.1. De las pruebas allegadas al proceso**

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

---

<sup>15</sup> Es de anotar que no se incluyen prestaciones anteriores al Decreto 89 de 1984, como quiera que fue la Ley 131 de 1985, la que previó la incorporación a las Fuerzas Militares de los soldados voluntarios.

<sup>16</sup> Argumento que resulta igualmente válido frente al Decreto 95 de 1989.

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A” - Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Sentencia fechada del veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020) Radicación número: 18001-23-33-000-2015-00333-01(3212-17) Actor: CONSUELO GARCÍA DE ESCOBAR Y EUGENIO ESCOBAR MARÍN Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

- Hoja de servicios en la que consta que el señor Miguel Ángel Hernández Martínez, prestó sus servicios al Ejército Nacional por el término de 5 años, 6 meses y 15 días, incluido el tiempo como soldado regular, servicio militar obligatorio y como soldado voluntario.<sup>18</sup>
- Copia del concepto de la unidad táctica de la primera brigada “Muiscas” de fecha 10 de julio de 2002, en la que indicó que de acuerdo al Decreto 2728/68 artículo 8 *“la muerte del Soldado Voluntario Hernández Martínez Miguel Ángel CM 80025840, fue en Combate y por acción directa del enemigo”*<sup>19</sup>
- Resolución No 000205 del 12 de marzo de 2003, en la cual se indica que, en atención a que la muerte del soldado Miguel Ángel Hernández Martínez se produjo, en desarrollo de operaciones para el mantenimiento y restablecimiento del orden público, correspondía en virtud del artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, efectuar el ascenso póstumo, por tal razón se resolvió: *“Ascender en forma póstuma al grado de Cabo Tercero al Soldado voluntario Miguel Ángel Hernández Martínez, con novedad fiscal 10 de julio de 2002”*<sup>20</sup>.
- Por Resolución 27091 de 4 de abril de 2003, se resolvió pagar a favor de los padres del Soldado Miguel Ángel Hernández Martínez, Julio Roberto Hernández Rodríguez y María Elvia Martínez Rodríguez, la suma de \$40.219.980, por concepto de cesantía definitiva doble y compensación por muerte.<sup>21</sup>
- Los demandantes, a través de apoderado, el 1° de abril de 2014 solicitaron el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, por ser los beneficiarios del soldado voluntario Miguel Ángel Hernández Martínez, de conformidad con lo estipulado en el Decreto Ley 1211 de 1990.<sup>22</sup>
- La petición fue resuelta negativamente por de la Resolución 2841 de 11 de junio de 2014, acto enjuiciado, con fundamento en que el numeral 8° del Decreto 2728 de 1968, norma obligatoria aplicable para la época de los hechos, no consagra el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del causante, además, precisó lo siguiente:

---

<sup>18</sup> Ver además hoja de servicios visible a folio 95 del expediente.

<sup>19</sup> Ver folio 37 del expediente

<sup>20</sup> Ver folios 100 vto y 101 del expediente

<sup>21</sup> Ver folios 106 y 107 del expediente.

<sup>22</sup> Ver folios 20 a 33 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

“Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el Consejo de Estado no ha expedido una sentencia de unificación frente a la aplicación del Decreto 2728 de 1968, no es procedente acceder en tal sentido.

Que referente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990, no es aplicable al caso, y que este Decreto se expide para **reformular el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares**, y no de los soldados regulares o voluntarios”

Que teniendo en cuenta las normas antes citadas, se puede concluir en forma clara que por el fallecimiento del Cabo Tercero Póstumo del Ejército Nacional, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ MIGUEL ANGEL, no se generó el derecho a pensión a favor de los señores JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y MARIA ELVIA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, toda vez que, el Decreto 2728 de 1968, no consagraba pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia.”<sup>23</sup>

#### **4.2. Solución al caso concreto**

Conforme a la sentencia de unificación a que se hizo referencia anteriormente, teniendo en cuenta además el artículo 4 de la Constitución Política, está claro que para solucionar el presente caso resultaba procedente a inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, que no contempla el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados voluntarios muertos en combate. En su lugar, se debe aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que reconoce la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185 de la misma norma que dispone:

*“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.[...]”*

El porcentaje liquidado se realizará de conformidad con el artículo 189, literal d.) ibidem, en cuanto prevé: *“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”*.

Se tienen por acreditados los siguientes hechos:

---

<sup>23</sup> Ver folios 15 a 17 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

- El Soldado Miguel Ángel Hernández Martínez, falleció por acción directa del enemigo el 10 de julio del año 2002, tal como lo indica la constancia obrante a folio 34 de las diligencias y el concepto de la unidad táctica suscrito por el mayor de la primera brigada No 1 Muiscas Gilberto Hernández Valero.<sup>24</sup>
- El Soldado Miguel Ángel Hernández Martínez fue ascendido de forma póstuma al grado de Cabo Tercero mediante la Resolución No. 000205 del 12 de marzo de 2003, clasificado como suboficial".<sup>25</sup>
- De acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada se tiene que Julio Roberto Hernández y María Elvia Martínez acreditaron ser los padres del señor Miguel Ángel Hernández Martínez, con la copia del registro civil de nacimiento.<sup>26</sup>
- De conformidad con la Resolución No. 27091 de 4 de abril de 2003<sup>27</sup> las prestaciones sociales del fallecido fueron reconocidas a Julio Roberto Hernández Rodríguez, en su calidad de padres del causante.
- El señor Miguel Ángel Hernández Martínez estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 5 años, 6 meses y 15 días (fl. 95), condición que habilita a los demandantes como beneficiarios de las prestaciones por muerte de su fallecido hijo.
- Dado que el señor Miguel Ángel Hernández Martínez prestó sus servicios al Ejército Nacional, por un lapso inferior a 12 años, la liquidación de la mesada, en aplicación del Decreto 1211 de 1990, artículo 189, debe realizarse teniendo como base los haberes correspondientes al grado conferido, esto es de cabo tercero, sobre el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 de la misma normativa.

---

<sup>24</sup> Ver folios 34 y 37 del expediente

<sup>25</sup> Ver folios 100 y 101 del expediente.

<sup>26</sup> Ver folio 38 del expediente.

<sup>27</sup> Ver folio 43 del expediente.

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

- Lo anterior atendiendo los haberes que para la fecha del ascenso póstumo correspondían al Cabo Tercero, valores que deberán ser indexados. **No obstante, como ello no fue especificado por el a quo, se modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia para especificar que deberá tenerse en cuenta, para el efecto, el gado de cabo tercero.**
- En materia de la prescripción, como lo indicó el a-quo se aplicará la cuatrienal a las mesadas causadas con anterioridad al 1 de abril de 2010, toda vez que la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes fue realizada el 1 de abril de 2014.
- Tal como lo señaló la sentencia de unificación no hay lugar a ordenar el descuento de lo pagado por concepto de compensación por muerte ni cesantías dobles, dado que la misma ocurrió en combate. Conclusión que descarta la petición de la apoderada de la entidad demandada.

#### **4. Costas**

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas a la entidad demandada, toda vez que dicha norma preceptúa que “ *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.* ”. Lo anterior, toda vez que se encuentra acreditada la causación de agencias en derecho, ya que la parte demandante intervino en la segunda instancia.

Se condenará entonces en costas a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Su fijación y liquidación se hará por el juzgado de origen conforme a lo preceptuado por el artículo 366 de Código General del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja el día 13 de julio de 2016, salvo el numeral tercero que se modifica y en su lugar se dispone:

**“TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, reconocer y liquidar la asignación de sobrevivientes de los señora **MARÍA ELVIA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ** identificada con cédula de ciudadanía No 20.061.132, y **JULIO ROBERTO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No 1.032.887, a partir del **10 de julio de 2002**, aplicando el régimen dispuesto en los artículos 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990. **Lo anterior, atendiendo los haberes que para la fecha del ascenso póstumo correspondían al Cabo Tercero.**”

**SEGUNDO.** Condenar en costas en esta instancia a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Su fijación y liquidación se hará por el juzgado de origen de conformidad con lo preceptuado por el artículo 366 de Código General del Proceso.

**TERCERO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

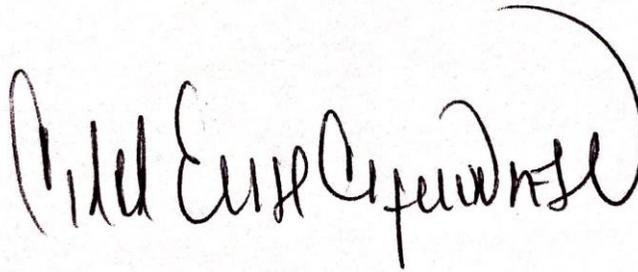
Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
**Magistrado**

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante : **María Elvia Martínez Rodríguez y otro**  
Demandado : **Ministerio de Defensa**  
Expediente : **15001-33-33-007-2015-00060-01**



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**  
**Magistrada**



**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
**Magistrado**