

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 157.

Santiago de Cali, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-33 33-001-2018-00042-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : ESTERCILIA TOBAR RENGIFO
DEMANDADO : NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

1. ANTECEDENTES

La señora **ESTERCILIA TOBAR RENGIFO**, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, por medio de la cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Estercilia Tobar Rengifo, en calidad de compañera permanente del Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.).

2.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada a efectuar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Estercilia Tobar Rengifo, en calidad de compañera permanente del Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), con retroactividad al día siguiente de la muerte que fue el pasado 23 de diciembre de 1992, en cuantía equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, incluyendo las primas semestral, de navidad, de actividad y el valor de los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados.

3.- Que se condene a la entidad accionada al pago de las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

4.- Que se ordene a la entidad accionada al cumplimiento de esta sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y se ordene el pago de los intereses comerciales y moratorios, conforme al artículo 195 ibídem. Así mismo, solicita que la condena respectiva sea actualizada en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes de valor (indexación) hasta la fecha de ejecutoria que ponga fin al proceso.

2. HECHOS:

1.- Que el señor Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), fue nombrado por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como Soldado Regular el día 06 de

febrero de 1992, prestando sus servicios hasta el día de su fallecimiento – 23 de diciembre de 1992-, en el Batallón de Infantería No. 8 Batallón de Pichincha, con sede en esta ciudad.

2.- Que el fallecimiento del señor Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), fue calificado por la institución como muerte en combate, según el Informe Administrativo por Muerte No. 217 del 28 de diciembre de 1992.

3.- Que mediante la Resolución No. 06152 de 1993, el señor Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), fue ascendido póstumamente por el Ejército Nacional al cargo de Cabo Segundo, por lo que afirma que pertenece al escalafón de Suboficiales de las Fuerzas Militares y en tal sentido, le resulta aplicable el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 1790 de 2000.

4.- Que para la fecha de su fallecimiento convivía en unión libre con la señora Estercilia Tobar Rengifo y en calidad de compañera permanente el día 17 de agosto de 2017, solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, la cual fue denegada a través de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 2º, 4º, 13, 23, 25, 48 y 53.
- Decreto 1211 de 1990, artículos 1º, 2º, 5º, 185 y 189.
- Ley 1437 de 2011, literales a), b), c) y d) del artículo 83 y artículo 161.

El apoderado judicial de la parte demandante, afirmó que con la expedición del acto administrativo acusado se vulneraron los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, en razón a que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en indicar que cuando los Soldados mueren en combate y son ascendidos de manera póstuma al escalafón de suboficiales, hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968, al ser una norma especial desfavorable para los intereses de la demandante.

Seguidamente, refirió que no resulta acertado que la entidad accionada haya liquidado las prestaciones sociales del soldado regular fallecido, atendiendo su nuevo grado póstumo de Cabo Segundo, pero no haya tenido en cuenta este ascenso para el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de su compañera permanente, omitiendo de tal forma la aplicación del Decreto 1211 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad.

En síntesis, argumentó que el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha señalado que cuando un soldado muere en combate y es ascendido – así sea en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Cabo Tercero, esta decisión administrativa en forma automática lo califica como un Suboficial de las Fuerzas Militares, y en este orden se le debe aplicar para efecto de sus prestaciones sociales el Decreto 1211 de 1990, sin desconocer ninguno de los derechos ahí consagrados.

Finalmente, hizo referencia a providencias dictadas por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con relación al tema aquí debatido.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda en forma oportuna a través de apoderada judicial mediante memorial visto a folios 50 a 70 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el ascenso póstumo otorgado al señor Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), no tiene carácter prestacional, en razón a que este reconocimiento se realiza al uniformado que fallece con el ánimo de restablecer el orden público y defendiendo la soberanía nacional, para honrar su memoria.

En este sentido, afirma que el Soldado Villabon Feria, se encontraba bajo el régimen prestacional consagrado en el Decreto 2728 de 1968, por lo que no resulta procedente el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de sus familiares, más aún si se tiene en cuenta que en los términos del artículo 42 del Decreto 1211 de 1990, para la obtención de grados o ascensos se debe cumplir con unas condiciones que no fueron cumplidas, impidiéndose de tal forma la aplicación de los artículos 185 y 189 ibídem, toda vez que dichas normas consagra las prestaciones económicas para los beneficiarios Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares que mueren en combate, y a este grupo no perteneció el Soldado fallecido.

Seguidamente, refirió que la entidad reconoció y pagó a favor de los beneficiarios cesantías definitivas dobles y compensación por muerte a título de indemnización por la muerte del Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria, únicas prestaciones a que había lugar, por lo que son reconocimientos que se encuentran acordes con el ordenamiento jurídico aplicable y, en caso de que la parte actora no haya estado de acuerdo con dicha decisión, se debió impugnar dicho acto administrativo.

Luego, la apoderada judicial de la entidad accionada hizo referencia al régimen general de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993; sin embargo, en este momento procesal no se hace referencia al respecto, como quiera que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con fundamento en esta normatividad sino en el Decreto 1211 de 1990.

Finalmente, propuso como excepciones las denominadas: *“El ascenso póstumo no tiene carácter prestacional, aplicación retrospectiva de la Ley, carencia del derecho de la demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no es contraria al principio de igualdad, aplicación del principio de favorabilidad desde el punto de vista teórico, legalidad normativa del acto impugnado, prescripción de las mesadas pensionales e innominada.”*

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así: una vez admitida la demanda mediante auto interlocutorio No. 158 del 05 de marzo de 2018¹ y llevada a cabo la notificación a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretaron las pruebas solicitadas por las

¹ Folio 38 del expediente.

partes². La audiencia de prueba tuvo lugar el 19 de junio de 2019³, en donde se dispuso cerrar la etapa probatoria y concederle a las partes procesales el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión en forma escrita.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. PARTE DEMANDANTE:

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó oportunamente sus alegatos de conclusión, a través de los cuales señaló que la devolución de los dineros pagados como compensación a los padres de los soldados muertos en combate, ya había sido objeto de amplio debate en la jurisdicción contencioso administrativa, y el precedente reciente en varias sentencias era que no procedían. No obstante, el Honorable Consejo de Estado a través de la sección segunda profirió la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Nro. CE-SUJ- SII-013-2018 de fecha 04 de octubre del año 2018, y en ella dejó establecido de manera definitiva que no puede el operador jurídico, ordenarle a los padres de los soldados fallecidos en combate que le reintegren los dineros al Ministerio de la Defensa, que les fueron pagados como compensación, porque estos **COEXISTEN, SON COMPATIBLES**, con la pensión de sobrevivientes que se reconoce por vía judicial, por lo tanto hacen parte de su patrimonio, de sus prestaciones sociales, y no pueden ser objeto de ninguna devolución.

De otro lado, afirmó que no es cuestión honorífica el ascenso póstumo que la ley tiene estipulado como estímulo cuando los soldados fallecen en un combate, en razón a que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha sido reiterativa en manifestar que este tipo de ascensos tiene efectos laborales y que, por aplicación del principio de igualdad, de la misma forma como se liquidan las prestaciones de los Oficiales y Suboficiales teniendo en cuenta su grado póstumo, a los soldados se les debe dar el mismo tratamiento.

Finalmente, hizo referencia a providencias expedidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en donde se ha establecido que: *“el ascenso pretendido por los padres del Suboficial fallecido, no se limita simplemente a honrar la memoria de quien ofrendó su vida en actos propios del mantenimiento del orden constitucional con digno ejemplo, sino que además implica que el ascendido, así sea póstumamente, tiene derecho a que se le aplique en lo que corresponda, el estatuto que rige para los Suboficiales de la Fuerza Aérea, amén de la pensión prevista para ellos por muerte en combate”*.

6.2. PARTE DEMANDADA;

La apoderada judicial de la entidad accionada, presentó oportunamente sus alegatos de conclusión, mediante escrito visible a folios 113 a 133 del expediente, a través de los cuales reiteró los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda.

7. CONSIDERACIONES

6.1.- Presupuestos de la Acción:

² Folios 91 a 93 del expediente.

³ Folios 101 a 102 del expediente.

1. Capacidad jurídica de las partes

La demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia⁴.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderada judicial, tal y como se comprueba en el poder glosado a folio 72 del expediente.

2. Caducidad de la Acción

En el presente asunto, el acto administrativo demandado corresponde a la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en este orden de ideas tratándose de una prestación periódica no hay lugar a contabilizar el término de caducidad conforme lo prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

3. Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que en el asunto de marras no es exigible este requisito previo para demandar dado que al estar involucrados en este tipo de controversias derechos laborales irrenunciables que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

En lo que corresponde al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2º del artículo 161 ibídem, en el asunto de marras se observa que contra el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no se indicó la procedencia de recurso de apelación alguno, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, la demandante podía acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

6.2.- Presupuestos de la demanda:

1. Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

2. Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

⁴ Folio 1 del expediente.

6.3. Problema Jurídico:

Teniendo en cuenta la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el día 19 de marzo de 2019⁵, se advierte que el problema jurídico consiste en establecer si la señora **Estercilia Tobar Rengifo**, en calidad de compañera permanente del Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de que trata el Decreto 1211 de 1990.

6.4.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

- De la prestación del servicio militar obligatorio.

En lo que corresponde a las modalidades de prestación del servicio militar, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de octubre de 2018⁶, refirió que los soldados regulares, bachilleres y campesinos, corresponden a modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con lo dispuesto en la Ley 48 de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como *conscriptos*, norma que en su artículo 13, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;***
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;***
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;***
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.***

PARAGRAFO 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

PARAGRAFO 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.” (Negrilla del Despacho)

Teniendo en cuenta que en el caso objeto de estudio el Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.) fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo⁷, debe indicarse que de conformidad con la jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, prevista en el artículo 5° del Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se reforma el Estatuto de dicho

⁵ Folios 91 a 93 del expediente.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre del dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15) CE-SUJ2-013-18, Actor: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

⁷ Información extraída de la parte considerativa de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, visible a folios 4 a 7 del expediente.

personal, el grado al cual fue ascendido el Soldado Regular, corresponde al grado de Suboficial del Ejército Nacional.

Frente a las prestaciones sociales causadas por muerte de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, establece lo siguiente:

“Artículo 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:

- 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”.

(Negrilla del Despacho)

Seguidamente, el artículo 189 ibídem, al referirse a las prestaciones por muerte en actividad, dispuso 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.” (Negrilla del Despacho)

Las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y que deben computarse para efectos de reconocer la pensión prevista en el literal d) del artículo 189 ídem, son las siguientes: *“Sueldo básico, prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto, duodécima parte de la prima de Navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y subsidio familiar”*. Seguidamente, dicha norma estableció que *“en el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, son computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”*.

En este orden de ideas, es claro que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo muertos en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, tienen derecho a ser ascendidos en forma póstuma al grado inmediatamente superior; y a favor de sus beneficiarios se les reconoce como prestaciones las siguientes: i) el reconocimiento y pago de 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; ii) pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y iii) pensión de sobrevivientes, cuyo valor dependerá del tiempo de servicios que acreditó el causante.

- De la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los conscriptos de las Fuerzas Militares:

El artículo 8º 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 Militares”*, estableció a favor de los soldados en servicio activo que fallezcan en combate, los siguientes beneficios económicos:

“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.”

De acuerdo con lo anterior, cuando se presenta la muerte de un soldado en combate o por acción directa del enemigo, la entidad accionada deberá ordenar su ascenso en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero, según sea el caso y, tiene derecho a que sus beneficiarios obtengan el reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía, es decir que el reconocimiento de estas prestaciones económicas se realiza teniendo en cuenta el grado al cual fue ascendido póstumamente, sin que se haya estipulado el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios del soldado fallecido.

En lo que corresponde a la naturaleza ascenso póstumo, el Consejo de Estado en sentencia de unificación SU- CE-SUJ-SII-013-2018 del 04 de octubre de 2018⁸, preciso lo siguiente:

“...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»⁹, 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.

12. 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

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre del dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15) CE-SUJ2-013-18, Actor: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

⁹ <http://dle.rae.es/?id=TqjIDCn>.

*originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma*¹⁰.

(...)¹¹

13. 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.” (Subrayado del Despacho)

Posteriormente, 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, estableció en su artículo 1º, lo siguiente:

“ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. 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.**

PARAGRAFO 1o. *Suprímase la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.”*

PARAGRAFO 2o. *Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.” (Negrilla del Despacho)*

Seguidamente, el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004 reiteró que el fallecimiento de una persona vinculada por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrido en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios, equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

De acuerdo con las normas antes referidas, es claro que sólo hasta la expedición de la Ley 447 de 1998, el legislador estableció una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968, no la contemplaba; sin embargo, resulta importante precisar que para el caso bajo estudio no resulta aplicable las normas previstas en la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, como quiera que no se encontraban vigentes para la fecha en que falleció el señor Cesar Augusto Villabon Feria, **23 de diciembre de**

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

¹¹ Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.

1992, por lo que resulta procedente la aplicación del Decreto 1211 de 1990, al haber sido ascendido al grado de Cabo Segundo.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Nro. CE-SUJ- SII-013-2018 de fecha 04 de octubre del año 2018¹², refirió en términos generales que en virtud el ascenso póstumo, el fallecido pasa a ser Suboficial de las Fuerzas Militares, tal como ocurrió en el caso bajo estudio, por lo que resulta procedente que sea destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de este personal, entre los que se encuentra el Decreto 1211 de 1990.

En efecto, el Alto Tribunal expuso en síntesis lo siguiente:

(...) 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 marinero.
- Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado.
- Pago doble de la cesantía.

14. 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 marinero, según el caso, por lo cual sus prestaciones se liquidan conforme la asignación que corresponde a dicho grado.

(...)

15. De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, el estudio del ascenso póstumo deja en evidencia que este es un reconocimiento propio de los miembros de las Fuerzas Militares, pues son precisamente quienes están sometidos al riesgo que supone el combate, dentro de las funciones que les fueron asignadas para el cumplimiento de los fines del Estado.

16. De esta manera se tiene que en tratándose de soldados voluntarios fallecidos en combate, estos tienen el derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual contempla el ascenso póstumo. Ahora por virtud de ese ascenso póstumo, 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 orden serían los Decretos 89 de 1984¹³, 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

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15 CE-SUJ2-013-18, Actor: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero, Demandado: Ministerio De Defensa - Ejército Nacional.

¹³ 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.

expresa la pensión de sobrevivientes para ese personal.

(...)

*17. La identidad fáctica anotada ha sido el referente para que el Consejo de Estado¹⁴ haya encontrado que no es razonable ni existe justificación válida para que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990¹⁵ **ordenen un ascenso póstumo, así como el reconocimiento de unas prestaciones económicas en favor de sus beneficiarios, pero no el pago de la pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerzas Militares pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba**, por ello, en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, ha reparado en la viabilidad de inaplicar el Decreto 2728 de 1968 y tener en cuenta el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, dependiendo de la fecha de la muerte del causante, con el objetivo de reconocer la prestación periódica¹⁶.*

A partir de lo anterior, se procederá a resolver el caso concreto, con el fin de determinar si la señora Estercilia Tobar Rengifo, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en aplicación de lo previsto en el Decreto 1211 de 1990.

6.5.- Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

En principio, debe indicarse que la señora Estercilia Tobar Rengifo, pretende que a través de este medio de control se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a su favor, en calidad de compañera permanente del Soldado Regular fallecido Cesar Augusto Villabon Feria, quien murió en combate el día 23 de diciembre de 1991.

A su turno, la entidad accionada se opuso a la prosperidad de la demanda, al considerar que el Decreto 2728 de 1968, el cual le resulta aplicable al Soldado Regular fallecido, no contempla la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, insistiendo de tal forma en argumentar que la pensión de que trata el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, sólo se reconoce a favor de los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Miliare, sin que resulte acertado incluir a los Soldados Regulares que al morir en combate son ascendidos en forma póstuma a estos grados.

Por tanto, mediante la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017¹⁷, acto administrativo acusado, la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Estercilia Tobar Refugio, en calidad de compañera permanente de Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.).

¹⁴ En la providencia se citan: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicación: 2161-2009 ii) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2015, radicación: 4353-2013; iii) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicación: 2801-2015.

¹⁵ Argumento que resulta igualmente válido frente al Decreto 95 de 1989.

¹⁶ Ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 mayo de 2017, radicación: 680012333000201400209-01 (4980-2014), actor: Clelia Roperero Niño.

¹⁷ Folios 6 a 7 del expediente.

Ahora bien, con el fin de resolver la controversia antes planteada, debe precisarse que de las pruebas que obran en el plenario, se tiene acreditado que efectivamente el Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria, falleció el día 23 de diciembre de 1992, en combate por acción directa del enemigo en mantenimiento del orden público, tal como se desprende del Informe Administrativo por Muerte No. 217 del 28 de diciembre de 1992¹⁸.

En atención a la liquidación de servicios de soldado No. 201¹⁹, se extrae que el Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria, estuvo vinculado a las Fuerzas Militares, por un espacio de diez (10) meses y veintiún (21) días, desde el 06 de febrero de 1992 hasta la fecha de su fallecimiento.

Como consecuencia de su fallecimiento, la entidad accionada mediante la Resolución No. 6152 de 1993²⁰, ascendió en forma póstuma al señor Cesar Augusto Villabon Feria al grado de Cabo Segundo y a través de la Resolución No. 08808 del 17 de agosto de 1993²¹, ordenó el reconocimiento y pago de la suma de \$ 5.152.496, por concepto de prestaciones sociales consolidadas por su fallecimiento, a favor del menor Julián Eduardo Villabon Tobar, a través de su madre la señora Estercilia Tobar Rengifo.

En este mismo acto administrativo, se indicó que no había lugar al reconocimiento y pago de suma alguna a favor de los señores Ricardo Feria y Carmen Feria, quienes acudieron a reclamar las prestaciones económicas en calidad de tíos del soldado fallecido, sin hacer referencia alguna a la señora Estercilia Tobar Rengifo, quien acudió en calidad de compañera permanente.

En lo que corresponde a la calidad de compañera permanente de la señora Estercilia Tobar Rengifo, se tiene acreditado que para la fecha del fallecimiento del señor Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), ocurrida el día 23 de diciembre de 1992, convivían juntos en unión libre y fruto de su relación procrearon a su hijo Julián Eduardo Villabon Tobar, quien para tal fecha contaba con 4 años de edad²².

Lo anterior, se logra acreditar con las declaraciones rendidas por las señoras Neci Astrid Lasso y Maria Daice Matacea, en audiencia de pruebas celebrada el pasado 19 de junio de 2019, declaraciones que fueron unísonas en demostrar la convivencia efectiva por más de cinco (5) años, entre el señor Cesar Augusto Villabon Feria y la señora Estercilia Tobar Rengifo, declaraciones que coinciden con la declaración extraprocesal que rindió la aquí demandante el día 06 de enero de 1993, ante la Notaria Sexta del Circulo de Cali, la cual obra a folio 11 del expediente prestacional remitido como prueba por la entidad accionada.

De manera que, si bien la entidad accionada a través de la Resolución No. 08808 del 17 de agosto de 1993²³, ordenó el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales consolidadas por el fallecimiento del señor Cesar Augusto Villabon Feria, a favor del menor Julián Eduardo Villabon Tobar, a través de su madre la señora Estercilia Tobar Rengifo, en los términos del Decreto 2728 de 1968, lo cierto es que este reconocimiento se hizo de forma incompleta, ya que se desconoció no sólo la calidad de compañera permanente de la aquí demandante, quien se

¹⁸ Folio 3 del expediente.

¹⁹ Folio 12 del expediente.

²⁰ Información extraída de la parte considerativa de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, visible a folios 4 a 7 del expediente.

²¹ Folios 29 a 30 del cuaderno de pruebas.

²² Según se extrae del Registro Civil de Nacimiento, visible a folio 5 del cuaderno de pruebas.

²³ Folios 29 a 30 del cuaderno de pruebas.

presentó en su momento como beneficiaria²⁴, sino que se omitió la aplicación del Decreto 1211 de 1990, en el sentido de reconocer a su favor una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un Suboficial del Ejército Nacional muerto en combate.

Al respecto, debe indicarse que en un caso similar al acá estudiado, el Consejo de Estado mediante providencia fechada el 31 de mayo de 2018²⁵, consideró procedente el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de una Soldado muerto en combate, el cual fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo, al considerar que le resultaba aplicable el Decreto 1211 de 1990, bajo el siguiente argumento:

*“...Lo anterior teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 2728 de 1968 el causante al haber muerto en combate tenía derecho a ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, en este caso, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1211 de 1990 corresponde al de Cabo Segundo, categoría que pertenece a la jerarquía de Suboficiales de las Fuerzas Militares, hecho que se logró probar en el sub lite a través de la Resolución 1021 de 5 de diciembre de 1996, condición bajo la cual, conforme al artículo 189 ídem, los beneficiarios de un Cabo Segundo muerto en combate tienen derecho a percibir las siguientes prestaciones: i) 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante en forma póstuma, ii) doble cesantía por el tiempo servido por el causante; iii) **una pensión de sobrevivientes cuya cuantía deberá liquidarse con base en el tiempo de servicios prestado por el causante**³⁴.*

Así las cosas para la Sala la entidad demandada no reconoció todas las prerrogativas que contempla el Decreto 1211 de 1990 a favor de la beneficiaria del causante, pues tal como se demostró en el plenario, el señor Giovanni Kenedy Gutierrez Casas murió en combate el 18 de octubre de 1996, por lo cual fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, condición que le da derecho a sus beneficiarios a que el Ministerio de Defensa les reconozca las prestaciones contenidas en el Decreto 1211 de 1990 artículo 189, de las cuales según se acreditó sólo fueron pagadas a la demandante en calidad de madre del Cabo Segundo, la compensación por muerte y cesantías dobles, tal como se prueba en la Resolución 4311 de 3 de abril de 1997, de acuerdo con la motivación del acto de reconocimiento, la pensión reconocida a la demandante equivale a un 50% dado que el padre no se acercó a reclamar sus derechos y la entidad decidió salvaguardarlo frente a una eventual y futura reclamación ³⁵.

(...)

La Corte Constitucional en diversas oportunidades se ha referido a la pensión de sobrevivientes, destacando que su creación tiene por objeto

²⁴ Según se desprende de la lectura de los documentos que fueron aportados por la demandante para el reconocimiento de beneficios económicos por la muerte en combate del Soldado Regular Cesar Augusto Villabon Feria. (Cuaderno 2 – expediente prestacional)

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: César Palomino Cortés, Rad. No.: 05001-23-33-000-2015-01678-01, Número interno: 2493-2017, Actor: Blanca Gloria Casas Mejía, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, Asunto: Pensión de sobrevivientes causada por fallecimiento de Soldado con ascenso de manera póstuma a Cabo Segundo del Ejército Nacional.

principal el proteger a la familia y los derechos fundamentales de quienes compartían de forma más cercana su vida con el causante y que entran a soportar las cargas económicas ante la muerte de quien dependía su sustento.

*En **sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006** se advirtió que la pensión de sobrevivientes tiene como fin evitar que las personas allegadas al trabajador queden desamparadas por su ausencia definitiva, a quien le correspondía sostener el grupo familiar. Dijo la Corte en esa ocasión:*

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”.

Así, el objeto de la pensión de sobrevivencia es atender la contingencia derivada del deceso del trabajador, con el fin de cubrir no solo la ausencia repentina de la persona sino el apoyo económico que le daba al grupo familiar, en aras de evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de las personas beneficiarias de tal prestación.

*Esta noción tampoco puede ser ajena al régimen prestacional aplicable a los miembros de las Fuerza Pública, como se ha indicado, por ejemplo, en los Decretos 2728 de 1968, 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, sobre las diversas prestaciones en favor de los beneficiarios de los soldados, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actos propios del servicio, **entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobrevivientes.***

En punto a esta situación, advierte la Sala que el beneficio prestacional vitalicio de sobrevivencia, en los términos de los artículos 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990, solo exige para su otorgamiento demostrar la calidad del parentesco con el causante de la pensión, en el orden allí establecido, esto es, para el presente caso, que la señora Blanca Gloria Casas Mejía acreditara su condición de madre del Cabo Segundo Giovanni Kenedy Gutiérrez Casas circunstancia que se demuestra con el registro civil de nacimiento, la cual ha sido aceptada a lo largo tanto del trámite administrativo que suscitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales mediante la Resolución No. 4311 de 3 de abril de 1997, como del presente proceso judicial.

Lo anterior es así, dada la presunción de los deberes de atención, ayuda y socorro establecidos legal y moralmente de los hijos para con sus padres en la forma en que las circunstancias sociales y económicas lo permitan. Por tal razón, conforme a lo indicado implícitamente en el Decreto 1211 de 1990, no constituye un requisito para la obtención de la pensión de sobrevivientes acreditar la dependencia económica.”

En aplicación al precedente jurisprudencial antes referido, el Despacho considera que la señora Esterilia Tobar Rengifo, en su calidad de compañera permanente del Cabo Segundo (póstumo) Cesar Augusto Villabon Feria, tiene derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuantía equivalente al 50% de lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 ibídem, en razón a que el causante no cumplió doce (12) años de servicios, pues de conformidad con la liquidación de servicios de soldado No. 201²⁶, estuvo vinculado a las Fuerzas Militares, por un espacio de diez (10) meses y veintiún (21) días, desde el 06 de febrero de 1992 hasta la fecha de su fallecimiento – 23 de diciembre de 1992-.

Esta prestación deberá ser reconocida a partir del 23 de diciembre de 1992, fecha del fallecimiento del Cabo Segundo (póstumo) Cesar Augusto Villabon Feria, con efectos fiscales a partir del **17 de agosto de 2014**, dada la prescripción cuatrienal de la mesada pensional de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990²⁷, en razón a que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes fue realizada a través de apoderado judicial el día 17 de agosto de 2017, según se desprende de la solicitud que obra a folios 2 a 3 del expediente.

Por tanto, se procederá a declarar la nulidad de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017 y, como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Estercola Tobar Rengifo, en calidad de compañera permanente del Cabo Segundo (póstumo) Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), en los términos antes indicados.

Las sumas adeudadas serán ajustadas en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la fórmula autorizada para tal fin por el Honorable Consejo de Estado.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de del derecho.

Igualmente se dispondrá que los intereses moratorios se devenguen a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA concordante con el artículo 195 ibídem

Finalmente, debe indicarse que si bien el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2-016-19 - SUJ-016-S2 del 30 de mayo de 2019²⁸, señaló que de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes, es posible descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional, lo cierto es que en el presente asunto no hay lugar a ordenar dicho descuento, en razón a que las prestaciones económicas reconocidas a través de la

²⁶ Folio 12 del expediente.

²⁷ **ARTICULO 174. PRESCRIPCION.** 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.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernandez Gómez, Radicación numero: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)CE-SUJ-016-19, Actor: Flor Myriam Acosta Castañeda, Demandado: Ministerio De Defensa – Policía Nacional, Referencia: Sentencia de unificación de jurisprudencia - pensión de sobrevivientes suboficial de la policía nacional muerto en simple actividad antes de la entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la ley 100 de 1993 - régimen aplicable - compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. procedencia o no de descuentos - término de prescripción.

Resolución No. 08808 del 17 de agosto de 1993²⁹, fueron pagadas a favor del menor Julián Eduardo Villabon Tobar y no directamente a favor de la señora Esterilia Tobar Rengifo, en su calidad de compañera permanente del Cabo Segundo (póstumo) Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.).

Es decir que, la entidad no podrá efectuar el descuento alguno, en razón a que no hay identidad entre el beneficiario de las prestaciones económicas reconocidas y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que aquí se reconoce.

A partir del estudio de fondo previamente efectuado, se procederá a **declarar no probadas** las excepciones denominadas: *“El ascenso póstumo no tiene carácter prestacional, aplicación retrospectiva de la Ley, carencia del derecho de la demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no es contraria al principio de igualdad, aplicación del principio de favorabilidad desde el punto de vista teórico, legalidad normativa del acto impugnado”* y se **declarara probada** la excepción de: *“prescripción de las mesadas pensionales.”*, todas propuestas por la apoderada judicial de la entidad accionada.

7.- COSTAS:

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, se advierte que, si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez *“dispondrá”* sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER³⁰ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones denominadas: *“El ascenso póstumo no tiene carácter prestacional, aplicación retrospectiva de la Ley, carencia del derecho de la demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no es contraria al principio de igualdad, aplicación del principio de favorabilidad desde el punto de*

²⁹ Folios 29 a 30 del cuaderno de pruebas.

³⁰ Dijo la citada sentencia: *“Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”*

vista teórico, legalidad normativa del acto impugnado”, formuladas por la apoderada judicial de la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada: “*prescripción de las mesadas pensionales.*” formulada por la apoderada judicial de la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 3881 del 20 de octubre de 2017, por medio de la cual la entidad accionada, negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Estercilia Tobar Rengifo, en calidad de compañera permanente del Cabo Segundo (póstumo) Cesar Augusto Villabon Feria (q.p.d.), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, reconocer y pagar a favor de la señora **ESTERCILIA TOBAR RENGIFO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.968.223, en su calidad de compañera permanente del Cabo Segundo (póstumo) **CESAR AUGUSTO VILLABON FERIA**, una pensión de sobreviviente en los términos del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuantía equivalente al 50% de lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 ibídem, a partir del 23 de diciembre de 1992, pero con efectos fiscales a partir del **17 de agosto de 2014**, dada la prescripción cuatrienal de la mesada pensional de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990³¹, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La suma que resulte de la anterior liquidación, se ajustaran en los términos del inciso 4° del artículo 187 del CPACA, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R= RH (\text{Índice final} / \text{Índice inicial})$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, **la fórmula se aplicará separadamente mes por mes**, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho.

SEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: NEGAR la condena en costas conforme lo expuesto en la parte

³¹ **ARTICULO 174. PRESCRIPCION.** 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.

considerativa de esta providencia.

OCTAVO: COMUNICAR a la entidad demandada, en firme la presente sentencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

NOVENO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTHNER HENAO
JUEZ

Lcms.

