



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Sincelejo, veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2014-00236-00
DEMANDANTE: CARMEN MARTÍNEZ TARRA - JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

Tema: COMPENSACIÓN POR MUERTE EN SERVICIO.

SENTENCIA N° 09

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el art. 179 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA DEMANDA:

1.1.1. Pretensiones¹.

PRIMERO: Se declare la Nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto que se configuró, producto de la omisión de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - ÁREA DE PRESTACIONES SOCIALES Y PENSIONES, al no darle respuesta al escrito Petitorio de Agotamiento de Vía Gubernativa presentado ante el Área de Prestaciones sociales y Pensiones del Ejército Nacional, recibido por esta entidad el día 3 de junio del año 2014, mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la Pensión de Sobreviviente a la que tiene derecho los señores CARMEN MARTÍNEZ TARRA y JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, en su

¹ Folios 1 - 2.

calidad de padres del fallecido Carlos Alberto Suárez Martínez (q.e.p.d), quien se desempeñó como cabo segundo de esta institución.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la Nulidad del acto ficto o presunto antes mencionado, se le condene y ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - ÁREA DE PRESTACIONES SOCIALES Y PENSIONES, reconocer y pagar, a título de indemnización, la Pensión de Sobrevivientes a la que tienen derecho los señores CARMEN MARTÍNEZ TARRA y JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, en su calidad de padres del fallecido Carlos Alberto Suárez Martínez (q.e.p.d).

TERCERO: Igualmente la entidad demandada a título de indemnización deberá ser condenada al pago, a favor la señora los señores CARMEN MARTÍNEZ TARRA y JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, en su calidad de padres del fallecido Carlos Alberto Suárez Martínez (q.e.p.d), de las mesadas causadas desde el 23 de Julio de 1994, fecha en la que se hizo exigible el derecho, hasta el momento en que se haga efectivo el reconocimiento del mismo.

CUARTO: Igualmente la entidad demandada a título de indemnización deberá ser condenada, a pagar las mesadas antes mencionadas debidamente indexadas, es decir, conforme al índice de precios al consumidor.

QUINTO: Que se ordene a la entidad demandada, a dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el art. 192 del C.P.A.C.A. y reconocerá los intereses de que trata el inciso final del art. 195 ibídem, desde el momento de la ejecutoría de la sentencia, si se dan sus presupuestos.

SEXTO: Que la entidad demandada, deberá, al momento de cancelar, actualizar la sentencia en los términos del art. 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Que se condene a la entidad demandada, al pago de las costas del proceso, incluidos honorarios profesionales.

1.1.2. Hechos²:

1.- Afirma que, el actor ingresó al servicio del Ejército Nacional en el mes de agosto de 1993, hasta el 23 de julio de 1994, cuando falleció estando en servicio en el Municipio de Dadeiba - Antioquia, como se observa en la Resolución N° 06481 del 13 de junio de 1995, donde se le reconoció y pagó unas prestaciones sociales a los padres del Sr. Carlos Alberto Suárez Martínez (q.e.p.d.) con ocasión a su deceso.

² Folio 21v - 23.

Que al momento de su muerte laboraba como Cabo Segundo del Ejército Nacional, afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales de las Fuerzas Militares del Ejército Nacional y tenía más de 11 meses y 7 días al servicio y que por criterios jurisprudenciales los padres están legitimados para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, conforme a la Ley 100 de 1993, toda vez que es la norma más beneficiosa, que la norma especial que regula pensión de sobreviviente de los miembros de la Fuerza Pública, la cual exige un tiempo mayor, de esta manera es violatoria de las normas generales que exigen un tiempo menor (26 semanas), configurándose de esta manera la desigualdad frente a los demás trabajadores.

Por lo que para el caso, le es aplicable el art. 43 de la Ley 100 de 1993, que se encontraba vigente al momento de su fallecimiento, y que en armonía del art. 53 superior, que establece la situación más favorable al trabajador en caso de duda, concatenado con el art. 1º, 2º y 13 de la Constitución, como sustento transcribe apartes de una providencia del Consejo de Estado.

Que desde el momento en que se radicó la solicitud ha transcurrido más de 3 meses, sin que la entidad demandada emitiera un pronunciamiento, por lo que se encuentra plenamente configurado el silencio administrativo negativo que dio lugar al acto ficto o presunto que se demanda.

Por último indica que la presente acción no ha caducado, toda vez que la pensión de sobreviviente es una prestación periódica, por lo que se debe aplicar el num. 1º lit. C y D del art. 164 de la Ley 1437 de 2011, así como también el Consejo de Estado ha dicho que en estos casos no están sujetos a términos de caducidad.

1.1.3. Disposiciones violadas:

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución Política: arts. 2, 11, 13, 53, 128 y 209; legales: art. 46 de la Ley 100 de 1993.

Concepto de la violación:

El art. 2º de la C.P., que refiere los fines esenciales del Estado, al consagrar la obligación de las autoridades de la República.

Además de los Principios de la Función Administrativa, contenidos en el art. 209 de la C.P., y el art. 3º del C.C.A., son de obligatorio cumplimiento para todos los servidores públicos, y por ende por las autoridades, tales como los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, como lo es el derecho de Igualdad y los principios mínimos laborales de todo trabajador, contenidos en los arts. 13 y 53.

Que el acto negativo ficto o presunto demandado, al negar el reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes, vulnera de manera flagrante el derecho de los actores; además que el régimen especial que regula la pensión de los miembros del Ejército Nacional resulta contrario a la constitución, pues consagran exigencias que en un Estado Social de Derecho, resulta inequitativo, ya que es discriminatorio a los miembros del Ejército Nacional, frente a otros trabajadores, mientras que éstos cotizan un tiempo mayor al sistema de seguridad social que otros trabajadores del Estado, es de tener en cuenta que antes de la vigencia de la modificación hecha en la Ley 797 de 2003, sólo le bastaba cotizar 26 semanas al sistema, para que, en el evento de fallecer, sus beneficiarios recibieran la pensión de sobrevivientes o post-mortem.

De esta forma, las autoridades van en contra de las normas constitucionales y legales, cuando las desconocen o se apartan en su aplicación, como lo fue en el hecho del reconocimiento de la pensión de sobreviviente y la demandante, al estar afiliado al Fondo De Prestaciones Sociales De Las Fuerzas Militares Del Ejército Nacional, desde su vinculación -agosto de 1993- hasta el día de su fallecimiento, es decir, 11 meses y 7 días, aproximadamente, resulta ilógico y totalmente contrario al principio de equidad que a sus padres se les niegue una pensión de sobrevivientes.

Explica la demandante que, la norma aplicar al asunto demandado, debe hacerse bajo los parámetros establecidos en el régimen establecido en el art. 46 de la Ley 100 de 1993 -26 semanas cotizadas-, norma vigente para la fecha en que se causó el derecho por el fallecimiento de su hijo, por ser la norma más favorable como lo indica el art. 53 de la C.P., concordante con los arts. 1º, 2º, y 13 Superior; como sustento de su argumento transcribe apartes de una providencia del Consejo de Estado; así como de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Por todo lo anterior, concluye diciendo que, en vista de la flagrante violación de las normas constitucionales y legales al no reconocimiento de la pensión de sobreviviente

por el fallecimiento de su hijo, así como de la violación al derecho de la igualdad frente a los demás empleados, se hace exigible dar aplicación a la Ley 100 de 1993, al ser norma vigente al momento del hecho, debe reconocerse la pensión de sobreviviente a favor de los accionantes, para de esa manera cumplir con los postulados de un verdadero Estado Social de Derecho.

1.1.4. ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la demanda en oficina judicial el 09 de diciembre de 2014³.
- Mediante auto del 15 de diciembre de 2014, se admite la demanda⁴.
- Se procedió a notificar la demanda a las partes el 11 de marzo de 2015⁵.
- La parte demandada no contestó la demanda.
- En auto del 28 de octubre de 2015, se señaló fecha para audiencia inicial⁶.
- El 10 de mayo de 2016 se celebró audiencia inicial, y se fijó fecha para audiencia de prueba⁷.
- El 10 de mayo de 2016 se llevó a cabo audiencia de pruebas, y se ordenó correr alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la audiencia⁸.
- La parte demandada el 29 de septiembre de 2016 presentó sus alegatos de conclusión⁹, y el 11 de octubre fueron presentados por la demandante¹⁰.

1.1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad demandada no dio contestación de la demanda.

1.1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Parte demandante¹¹: se sostiene en los mismos argumentos esbozados en la demanda.

Parte demandada¹²: manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que no le asiste derecho al actor, al considerar que a pesar que el art. 189 del Decreto 1211 de 1993, indique que los beneficiarios del militar muerto en combate oficial o suboficial, tendrán derecho al reconocimiento de una pensión mensual, pero este no le asiste toda vez que el occiso ostentaba el grado de soldado voluntario, por lo que no era oficial ni suboficial, por lo que se encontraba

³ Fls. 11 y 32.

⁴ Fls. 34 - 34v.

⁵ Fls. 42 - 49.

⁶ Fl. 59.

⁷ Fls. 84 - 85

⁸ Fls. 101 - 103.

⁹ Fls. 106 - 112.

¹⁰ Fls. 113 - 114.

¹¹ Fls. 113 - 114.

¹² Fls. 106 - 112.

regido por los Decretos 2728 de 1968 y el 1211 de 1990 y no la Ley 100 de 1993, como lo expresa la demandante; argumenta además que, el ascenso póstumo es honorífico y no tiene injerencia en las prestaciones sociales que tenía el soldado voluntario, toda vez que el Decreto 1211 de 1990 exige que haya lugar a la pensión debía ser oficial o suboficial, y que de la pruebas allegadas se observa que la compensación por muerte se hizo conforme al Decreto 2728 de 1968 a favor de los demandantes.

Alega que, en los casos de muerte por combate, el reconocimiento de las prestaciones sociales al personal de soldado o infante de marina, debe hacerse conforme al Decreto 2728 de 1968, que este es el que dispone el ascenso póstumo; por lo que no resulta viable la afirmación de que se viola el principio de igualdad del art. 13 de la Carta Magna, al tener claro lo que ha dicho la Corte Constitucional, que el régimen pensional de la Fuerzas Armadas y de policía es diferente al régimen aplicable a las generalidades de las personas, por lo que no es posible la aplicación de la Ley 100 de 1993, conforme su art. 279.

Por último, precisa la parte que, si de hacerse el estudio por parte del juez, este debe tener en cuenta que en materia pensional, deben existir unos requisitos de reconocimiento de esta prestación a favor de los padres, como es el de la dependencia económica, pues la Corte Constitucional ha sido enfática, toda vez que para que este se concrete, debe reunir los supuesto que exige la norma, la dependencia económica de los padres con el fallecido, situación que no se encuentra demostradas, puesto que las declaraciones que se encuentran en el plenario no dan certeza sobre tal hecho para demostrar tal hecho, además para la época de los hechos sus padres se encontraban en una edad que eran aptos para la actividad laboral, pues no se probó que padecieran alguna incapacidad.

Finalmente manifiesta que si de accederse a las pretensiones de la demanda, debe ordenarse que se descuenten los valores recibidos por concepto de indemnización por muerte.

Ministerio Público: Guardó silencio.

2 CONSIDERACIONES:

El Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155.2 de la Ley 1437 de 2011.

2.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se pretende la nulidad del Acto Administrativo Negativo ficto o presunto que se configuró, por la omisión de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al no darle respuesta al escrito Petitorio del 03 de junio de 2014, para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a los accionantes por la muerte en combate del Sr. Carlos Alberto Suárez Martínez.

2.2. Problema jurídico.

Se contrae en el presunto en determinar, ¿si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, a los beneficiarios de un cabo segundo póstumo del Ejército Nacional, que muere en combate, con base en las normas contenidas en el Régimen General de Pensiones?

Para resolver el presente caso, se seguirá el hilo conductor así: i) Del marco normativo y Jurisprudencial; ii) Caso concreto.

2.3. Marco Normativo y Jurisprudencial.

Disposiciones contenidas en el Decreto Ley 1211 de 1990, régimen especial de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Normatividad aplicable tratándose de Soldados Profesionales del Ejército Nacional.

La parte demandante solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, puesto que al momento de liquidar las prestaciones por muerte que le correspondían por el fallecimiento de su hijo CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, estas le fueron canceladas con las prestaciones que le correspondían a un Soldado y no con los de un Cabo Segundo, grado al que fue ascendido póstumamente, por tanto, se procederá al estudio del caso con base en las normas que indica la parte demandante se deben aplicar a su situación concreta.

El Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le confiriera la Ley 66 de 1989, definió a las Fuerzas Militares como las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias, las cuales están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el extinto Sr. CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, al momento de su fallecimiento ostentaba la calidad de Soldado Voluntario, grado que se encuentra consagrado en la Ley 131 de 1985, por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario y en él se instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo comandante de la fuerza de continuar con su prestación a la institución castrense, por un lapso no menor de doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las Normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares, tal como al efecto lo consagra el art. 2º que en su tenor expresa:

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

PARÁGRAFO 1º. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 2º. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Ahora en cuanto a lo que tiene que ver, con las contraprestaciones por muerte en combate de un soldado, el Decreto 2728 de 1968 prevé lo siguiente: “*por medio del cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*”, regula el tema de las prestaciones sociales por muerte de los soldados cuando esta ocurre en combate o por acción directa del enemigo, indicando en su art. 8º lo siguiente:

ARTÍCULO 8º: El soldado o grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido

en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía

A la muerte de un 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, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

De la norma antes citada, se puede colegir, que para los beneficiarios de los Soldados Voluntarios, fallecidos en combate, en ningún caso se consagró el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que para los mismos, sólo se estableció el pago de una prestación indemnizatoria, como lo es la compensación por muerte, mediante el reconocimiento del pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de las cesantías.

Por otro lado, se encuentra, que en el art. 189 del Decreto 1211 de 1990, consagró una serie de prestaciones a favor de los descendientes o ascendientes de los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, donde se estableció que los beneficiarios del causante tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes. La citada norma dispone:

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.”.-Subrayas de la Sala-

Como se observa, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tienen establecido un régimen especial. Se tiene así que cuando se trata de muerte en combate, los beneficiarios del Oficial o Suboficial tienen derecho al disfrute de una pensión mensual, no se requiere ningún tiempo específico de servicios, pues, resulta evidente, que tienen derecho tanto los sobrevivientes de los mismos que hubieren prestado doce (12) años de servicio o más, como los que no hubieren cumplido doce (12) años de servicio, la diferencia radica es, en el monto de dicha pensión.

Ahora como se permite apreciar en la normativa descrita, igualmente se consagró el derecho a la percepción por parte de los beneficiarios de una suma equivalente a cuatro (4) años del salario base de liquidación, a título de compensación, como otra prestación social con la que también se cubre, el riesgo muerte del servidor, además de un ascenso póstumo del fallecido al grado militar subsiguiente que le correspondiere.

Sin embargo, como se advierte de la norma precitada, los sujetos pasivos de tales prestaciones son los Oficiales y Suboficiales en servicio activo que mueran en combate o por acción directa del enemigo, siendo que los grados que pertenecen a estas Jerarquías Militares, para la época de los hechos las trae el art. 6º del Decreto 1790 de 2000, artículo que en su redacción original indicaba:

ARTÍCULO 6. JERARQUÍA. La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

a. OFICIALES

1. Ejército

a) Oficiales Generales

1) General

2) Mayor General

3) Brigadier General

b) Oficiales Superiores

1) Coronel

2) Teniente Coronel

3) Mayor

c) Oficiales Subalternos

1) Capitán

2) Teniente

3) Subteniente

(...) (...)

b. SUBOFICIALES

1. Ejército

a) Sargento Mayor

b) Sargento Primero

c) Sargento Viceprimero

d) Sargento Segundo

e) Cabo Primero

f) Cabo Segundo

g) Cabo Tercero

(...) (...)

2.4. Línea Jurisprudencial.

Frente al tema el H. Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la norma precitada, donde, después de realizar una interpretación sistemática de la misma, concluyó que la estricta aplicación de esta disposición conllevaba al menoscabo del derecho constitucional fundamental a la igualdad, si se consideraba que el soldado fallecido en combate o por acción directa del enemigo obtenía el ascenso póstumo, y el Decreto 1211 de 1990, en su art. 189 lit. d), estableció que cuando los oficiales o suboficiales mueren en esas mismas condiciones, es decir, en combate o por acción directa del enemigo, los beneficiarios de los mismos tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, encuentra razón lógica para aplicar en estos casos el segundo precepto legal.

Así en sentencia del primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004)¹³, el H. Consejo de Estado, expresó:

“...La pensión por muerte.

La negativa del Tribunal respecto de esta prestación se fundamentó en que al caso de muerte de los soldados no se aplicable el decreto 1211 de 1990, sino el decreto 2728 de 1968, que no establece el derecho a la pensión.

¹³ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia del primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004), Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, radicado 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03).

El recurrente se duele de que al exsoldado el Tribunal le hubiera dado ese trato y no el de suboficial, precisamente porque fue ascendido en forma póstuma a cabo segundo, según la resolución 5059 del 16 de agosto de 1991 del Ministro de Defensa Nacional (f.137-138 c#2).

Ahora bien, es cierto que el artículo 8º del referido estatuto 2728 no contempló como prestación a favor de los beneficiarios legales, la pensión en el caso de muerte del soldado en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, y que tal derecho lo establece el decreto ley 1211 de 1990 cuando fallecen en esas condiciones los oficiales y suboficiales.

Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la mas favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional...”

En este mismo sentido, en sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)¹⁴, el Órgano de Cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“...El Decreto 2728 de 2 de noviembre 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 su artículo 8 determinó:

“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 pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía

¹⁴ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez De Páez, radicado 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05).

A la muerte de un 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, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo Segundo Marinero”.

La normatividad en cita no consagra el derecho para los beneficiarios del soldado muerto de obtener una pensión de sobrevivientes, ya que sólo determina las prestaciones relacionadas en el artículo anterior.

A su vez, el Decreto 1211 de 1990, Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, consagra lo siguiente:

“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.”.

El orden de beneficiarios al que se refiere la normatividad está consagrado en el artículo 185 ibidem de la siguiente manera:

“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 divide entre los padres así:

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

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”.

En principio, como el hijo de los demandantes ostentaba la calidad de soldado regular no tendría derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales muertos en combate sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968.

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998 con el siguiente tenor literal:

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 (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.¹⁵*

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

PARÁGRAFO 2o. *Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como*

¹⁵ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-03 de 27 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.”.

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998. (neguillas fuera de texto)

Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, razón ésta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate.

En relación con este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 1 de abril de 2004, Expediente No. 1994-03, M.P. Dr. Nicolás Pájaro, sostuvo lo siguiente:

(...)

De conformidad con la jurisprudencia en cita, los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate (fl. 2) tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo Segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).

(...)”

Por otra parte, de manera concordante, en sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011)¹⁶, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

“...Sobre este particular, el Decreto 2728 de 2 de noviembre 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 su artículo 8 establece a favor de los soldados en servicio activo, muertos “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,” y sus beneficiarios, las siguientes prestaciones económicas:

(...)

De acuerdo con la norma transcrita, observa la Sala que el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y, el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier prestación pensional, entre ella la reclamada por el demandante, se encuentra

¹⁶ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 700012331000200400832 01 (2161-2009).

excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

(...)

Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicán como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte. (Subrayado y negrillas fuera de texto)

En punto de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional² ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

(...)

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala 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 del 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 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.

² Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

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 lo anterior se suma el hecho de que, con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998³ finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4^o de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

(...)”

Más adelante esta misma providencia, transcribe apartes de la sentencia del 3o de octubre de 2008 descrita anteriormente, pero resaltando lo siguiente:

Así mismo, en sentencia 30 de octubre de 2008, Rad. 8626-2005. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, se manifestó que:

“En principio, como el hijo de los demandantes ostentaba la calidad de soldado regular no tendría derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales muertos en combate sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968.

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998. (...)

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda

³ **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 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.”

⁴ “**Artículo 4º.**- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”.

para que sus integrantes no queden desamparados, razón ésta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate.”.

Conforme a la jurisprudencia antes citada, se encuentra, que existe un trato diferenciado entre las prestaciones que son reconocidas en el Decreto 2728 de 1968 y las que son reconocidas en el Decreto 1211 de 1990, esto es, que para los Oficiales o Suboficiales que fallezcan en combate o por acción directa del enemigo, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en tanto, el Decreto 2728 de 1968, art. 8º, consagró que el soldado en servicio activo que fallezca en combate o por acción directa del enemigo, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado, así como al pago doble de las cesantías, es decir que a los beneficiarios de los soldados no se les está reconociendo la prestación consistente en la pensión de sobrevivientes.

Así pues, el Honorable Consejo de Estado, en cada una de las antes citadas sentencias, específicamente en la proferida el día siete (7) de julio de dos mil once (2011), en donde se recopilan las providencias del primero (1º) de abril de dos mil cuatro (2004) y del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), reconocen la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados regulares, en aplicación del principio de igualdad material, pues debe decirse en uno y otro caso *-Decreto 2728 de 1968 y Decreto 1211 de 1990-*, que tanto los Soldados como los Oficiales y Suboficiales, prestan sus servicios a las Fuerzas Militares y en caso de fallecimiento tendrían no sólo el derecho de ser ascendidos al grado inmediatamente superior, sino también al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios, sin que deba hacerse aplicación de la Ley 100 de 1993, como pretende la parte accionante, teniendo claro que la Corte Constitucional en Sentencia T- 1043 de 2012, en los siguientes términos:

“4.3. Es así, que por medio de la Ley 100 de 1993, el legislador estructuró el sistema de seguridad social integral cuyo objeto es “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dicho sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones

de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro”¹⁷. ”¹⁸

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e)¹⁹ y 217²⁰ de la carta política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el que se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan²¹.

2.5. Caso en Concreto.

En el caso *sub lite*, los demandantes, señores CARMEN MARTÍNEZ TARRA y JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, pretenden se les reconozca la pensión de sobrevivientes a la cual consideran tener derecho en virtud del fallecimiento de su hijo CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ como Soldado Voluntario del Ejército Nacional por acción directa del enemigo, pensión de sobrevivientes que equivaldría a lo que le correspondiera percibir a un Cabo Segundo, toda vez que con posterioridad al fallecimiento del arriba mencionado, el mismo fue ascendido a dicho grado, tal como lo dispone el el Decreto 2728 de 1968.

Ahora bien, la entidad accionada en la contestación de la demanda, señaló que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes, por cuanto al ser el causante un Soldado Voluntario, no tenía derecho a dicho beneficio, sino únicamente al consagrado en el art. 8º del Decreto 2728 de 1968.

En el sub lite, se tiene que el Sr. CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, en vida ostentaba el grado de Soldado Voluntario, y posteriormente a su fallecimiento fue ascendido a Cabo Segundo Póstumo, tal como lo señala la Resolución N° 06481 del 13 de junio de 1995, proferida por el Subsecretario del Ministerio de Defensa Nacional y el Jefe de la División de Prestaciones Sociales, grado que se encuentra dentro de la

¹⁷ Ley 100 de 1993, art. 1º

¹⁸ Sentencia T-1043/12, Referencia: Expediente T-3592513, Procedencia: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Magistrado sustanciador: NILSON PINILLA PINILLA, **Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre dos mil doce (2012)**.

¹⁹ En dicho artículo se estableció: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:... 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:... e. **Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.**” (No se esta en negrilla en el texto original).

²⁰ Igualmente en la referida disposición se anotó: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. **La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.**” (No se esta en negrilla en el texto original).

²¹ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Jerarquía de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, de conformidad con el art. 6° del Decreto 1790 de 2000, quienes en virtud de su grado, cuentan con un régimen prestacional aparte, caso este que al haber sido ascendido el extinto soldado CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ a Cabo Segundo les corresponde a sus beneficiarios el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

En el presente caso, se aprecia como probado que el actor por medio de su apoderado el 03 de junio de 2014²², a través de derecho de petición, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente por muerte en combate de su hijo CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ con ascenso póstumo a Cabo Segundo, conforme se observa en el Oficio que dio traslado al derecho de petición por parte del Subdirector de Prestaciones sociales del ejército a la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional²³.

Según constancia del 02 de agosto de 1994, proferido por el Jefe Sección Soldados Encargados, el occiso había ingresado a prestar el servicio militar obligatorio, como soldado regular el 04 de agosto de 1993 y fue dado de baja por defunción el 23 de julio de 1994²⁴.

También se tiene como probado que el Sr. Carlos Alberto Suárez Martínez, que el 23 de julio de 1994, el TC. COMANDANTE BAT. DE INF. N° 31 VOLTIGEROS, conforme al informativo administrativo por muerte, había ocurrido en combate por acción directa del enemigo²⁵.

La Sra. Carmen Martínez Tarra y el Sr. José Dionisio Suárez Arroyo, probaron el parentesco en primer grado, como padres de la víctima²⁶.

Como se indicó líneas arriba, en virtud del principio de igualdad y toda vez que el Sr. CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ fue abatido en combate por acción del enemigo, la entidad demandada lo ascendió al grado de Cabo Segundo Póstumo, predicándose en su caso la posibilidad de que sus beneficiarios obtuvieran el

²² Fls. 13 - 15.

²³ Fl. 20.

²⁴ Fl. 61

²⁵ Fl. 68.

²⁶ Fl.29.

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en aplicación del art. 189 del Decreto 1211 de 1990, y conforme a los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y a la seguridad social.

Ahora bien, el art. 185 del Decreto 1211 de 1990, consagra el orden de los beneficiarios de las prestaciones consecuentes, en caso de muerte de los miembros de las Fuerzas Militares. La norma señala:

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 dividirá entre los padres así:
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
 - Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.
 - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
 - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

De la norma en cita, se entiende que en el primer orden de beneficiarios para que se les reconozcan las prestaciones están el cónyuge y los hijos del causante, en caso de no haber cónyuge las prestaciones son para los hijos del causante, y en caso de que no hubiera hijos, el derecho a reclamar las prestaciones estaría en cabeza de los padres del causante, sin que medie ningún otro requisito adicional además de la acreditación del parentesco.

En el caso objeto de estudio, se demostró que la Sra. CARMEN MARTÍNEZ TARRA y el Sr. JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO son los únicos beneficiarios del fallecido Soldado, toda vez que conforme al Registro Civil de Nacimiento del Sr. CARLOS

ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ se evidenció que los demandantes eran sus padres, a la vez que se afirmó en el escrito de demanda que ellos eran los únicos beneficiarios del causante, siendo que en el curso del proceso no se probó lo contrario.

Además la indemnización reconocida por el ente demandado es en reconocimiento al daño causado; la pérdida de su ser querido y el beneficio pensional que aquí se reclama es producto de la ayuda que recibiría si su hijo siguiera viviendo.

Conforme a lo antes mencionado y en aplicación del lit. d) del art. 189 del Decreto 1211 de 1990, los demandantes tienen derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, les reconozca y pague la pensión de sobreviviente, por causa del fallecimiento de su hijo, equivalente al cincuenta por ciento (50%) para cada uno de las partidas de que trata el art. 158 *ibídem*, debidamente indexadas desde la fecha de su fallecimiento hasta la fecha de la sentencia, conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

DE LA PRESCRIPCIÓN.

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y sucede cuando el acreedor deja pasar cierto lapso sin ejercitar la acción correspondiente o pedir ante la administración el reconocimiento y/o pago del derecho; se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2535 del C.C.). Conforme a lo anterior, la prestación será reconocida a los accionantes, en su condición de padres, en las condiciones antes descritas, pero sin que deba pasarse por alto la aplicación del art. 174 del Decreto 1211 de 1990 en lo que respecta a la prescripción cuatrienal, por ser la normativa vigente al momento del fallecimiento de la víctima directa, la cual dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. 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.

Es así que, para el sub examine, la prescripción se contará desde la fecha del fallecimiento del Sr. CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, esto es, el veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994) hasta el tres (03) de junio de dos mil diez (2010), teniendo en cuenta que la presentación de la petición ante la entidad demandada, fue realizada el tres (03) de junio de dos mil catorce (2014)²⁷.

Finalmente, respecto al argumento expuesto por la entidad demandada en su escrito de alegatos, concerniente a que los accionantes no lograron demostrar la dependencia económica con respecto a su hijo fallecido CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, requisito éste que dice la parte demandada es *sine qua non* para poder acceder al reconocimiento de dicha prestación económica, argumento que no le asiste razón a la entidad demandada, toda vez que el requisito de la dependencia económica se encuentra consagrado en el Régimen General de Seguridad Social, esto es, en la Ley 100 de 1993, pero no en el régimen especial contemplado en el Decreto 1211 de 1990, en donde no se ordena nada respecto de la acreditación de la dependencia económica; siendo este el régimen aplicable al caso concreto y no el consagrado en la Ley 100 de 1993, no resulta necesario el cumplimiento del mismo.

CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que la Sra. CARMEN MARTÍNEZ TARRA y el Sr. JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO son los únicos beneficiarios del fallecido Soldado, toda vez que conforme al Registro Civil de Nacimiento del Sr. CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ se evidenció que los demandantes eran sus padres, a la vez que se afirmó en el escrito de demanda que ellos eran los únicos beneficiarios del causante, siendo que en el curso del proceso no se probó lo contrario, pero siendo sólo pagaderos desde el 04 de junio de 2010, por el fenómeno jurídico de la prescripción, aplicando la fórmula establecida en esta providencia, entendiéndose como no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

²⁷ Fl. 20.

CONDENA EN COSTAS:

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los arts. 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del acto negativo ficto o presunto, Proferido por la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, en virtud del derecho de petición presentado el 04 de junio de 2014, el cual negó el reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de sobreviviente a la Sra. CARMEN MARTÍNEZ TARRA y el Sr. JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, por la muerte en combate de su hijo CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, reconocer, liquidar y pagar la pensión de sobreviviente a la Sra. CARMEN MARTÍNEZ TARRA y el Sr. JOSÉ DIONISIO SUÁREZ ARROYO, en un monto del 50% para cada uno por la muerte en combate de su hijo CARLOS ALBERTO SUÁREZ MARTÍNEZ, a partir del momento de su muerte, realizando la respectiva indexación conforme a la fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

TERCERO: DECLÁRESE de oficio probada la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 04 de junio de 2010, y **DESESTÍMESE** las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del art. 361 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los arts. 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ