



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Sincelejo, treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2014-00156-00
DEMANDANTE: ANA MARÍA TIQUE SILVA
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

Tema: COMPENSACIÓN POR MUERTE EN SERVICIO.

SENTENCIA N° 26

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.

1. Que se declare absolutamente nulo el acto administrativo identificado con el número OFI13 44519 del 25 de septiembre del 2013, mediante el cual el Ministerio de Defensa niega la pensión de Sobrevivientes a la Sra. ANA MARÍA TIQUE SILVA, por el fallecimiento de su hijo YILBER ZAMBRANO TIQUE, notificada el día 25 de Septiembre del 2013 pues no cumple los requisitos de acuerdo al Decreto 2728 de 1968 y ley 131 de 1985.

2. Que como Consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en el derecho a los demandantes, procediéndose a reconocerle la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$566.700 mensuales, a partir del día 5 de septiembre del 2012, fecha en

¹ Fl. 1.

que muere en Misión de servicio el Sr. YILBER ZAMBRANO TIQUE, indexada a la fecha del pago. La anterior pensión corresponde a la establecida por la Ley 100 de 1993 en su arts. 46 y 55, norma que regula el régimen general de pensiones.

3. Que se ordene a la demandada por medio de la sentencia, a incluir dentro del sistema de salud de las fuerzas militares a mis poderdantes en calidad de pensionados.

4. Que se condene en costas a la demandada.

1.1.2. Hechos²:

1.- Afirma que, el actor ingresó al servicio de la Armada Nacional como infante de marina regular el 23 de noviembre de 2011 hasta el 05 de septiembre de 2012, que fue dado de baja por muerte, teniendo un término de permanencia como activo .9 meses y 12 días, es decir como 37 semanas

Que por intermedio de apoderado judicial, se instauró derecho de petición el 31 de enero de 2013, ante el Ministerio de Defensa, con el fin de que se reconociera la pensión de sobreviviente, por lo que el 25 de septiembre de 2013, mediante Oficio N° OFI13-44519, se niega la pensión de sobreviviente, en atención al art. 8 del Decreto 2728 de 1968.

Indica que, la norma descrita, consagra que el Infante de Marina Regular 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 el mantenimiento del orden público será ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero y su beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondiente a dicho grado y al pago doble de las cesantías, norma de carácter especial de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos y al art. 22 del Decreto 4433 del 2004, consagra las pensiones de sobrevivencia de Infante de Marina Regular y profesionales, los beneficiarios de estos incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000 tendrán derecho a que por el tesoro público se les pague una pensión mensual de sobrevivencias

² Folio 21v - 23.

reconocida por el ministerio de defensa nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente Decreto

Que al momento de su muerte se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, toda vez que es la norma más beneficiosa, esto por cuanto la norma especial que regula pensión de sobreviviente de los miembros de la Fuerza Pública exige un tiempo mayor; de esta manera es violatoria de las normas generales que exigen un tiempo menor (26 semanas).

Por lo que para el caso, le es aplicable la Ley 100 de 1993, además agrega que la Ley 48 de 1993, estableció que todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendría derecho a que cualquier tiempo prestado, le será computado para efectos de Cesantías, pensión jubilación, prima de antigüedad.

1.1.3. Disposiciones violadas:

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: Constitución Política: arts. 6, 13, 29 y 53, legales: art. 46 de la Ley 100 de 1993.

Concepto de la violación:

Además el Principio de la igualdad, contenidos en el art. 13 de la C.P., es de obligatorio cumplimiento por todos los entes administrativos y los órganos jurisdiccionales en sus diversas decisiones.

Explica que, la pensión de sobreviviente surgió como un beneficio otorgado a ciertas personas que dependieran directamente de manera afectiva y económica y que se ven menguadas por la falta del familiar que los proveía, desarrollada esta prestación en los principios de solidaridad, reciprocidad y de universalidad, con el fin de buscar no una simple igualdad formal, sino una igualdad material que permita a las personas tener unas condiciones mínimas de subsistencia; por lo que para el demandante al ser reconocida esta prestación como un derecho fundamental, conforme lo ha dicho la Corte, es claro que la pensión de sobreviviente debe beneficiar a todos los trabajadores en Colombia, incluso a aquellas personas que estén amparadas por un

régimen especial, como es el caso de los miembros del Armada Nacional, de allí que, al existir una norma más favorable que la misma normal especial, al ser más propicios al trabajador, por lo que se justificaría su no aplicación para este caso.

Hace una reflexión del porqué existe el régimen especial de los infantes de marina, atendiendo la peligrosidad de su actividad y del desgaste físico y emocional que sufren estos al interior de la Armada, y que en todo caso como el del demandante existe un vacío legal que solo una interpretación adecuada de los principios constitucional puede suplirlos.

Que al momento de su muerte se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1698, consagrándose en su normativa a favor de los beneficiarios una indemnización, pero no dice nada acerca de una pensión de sobreviviente, lo que no se entiende es que esta se mantuvo vigente, cuando existía un régimen laboral general, como lo es la Ley 100 de 1993, que reconoce una pensión de sobreviviente a los beneficiarios, cuando su causahabiente ha cotizado mínimo 26 semanas.

Además agrega que, para la fecha de la muerte existía una discriminación entre soldados regulares y oficiales, toda vez que los segundos contaban con norma especial que le reconocía en los mismos casos una pensión de sobreviviente a los beneficiarios, como lo es el Decreto 1211 de 1990, en atención que, ambos trabajaban y arriesgaban sus vidas en pro del mantenimiento del orden público; como sustento transcribe a partes de la sentencia del Consejo de Estado, en la que se afirma que en casos como este o similares se debe aplicar el régimen que reconozca la pensión de sobreviviente.

Indica que, la jurisprudencia ha manifestado que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendría derecho a que cualquier tiempo prestado, le será computado para efectos de la pensión jubilación.

Continúa diciendo que, el Ministerio de Defensa en aplicación del principio de igualdad debía haber aplicado el régimen general de la Ley 100 y no el Decreto 2778 de 1968 al no ser compatible con la Constitución de 1991; en atención a que para la fecha de su muerte tenía más de 35 semanas cotizadas, en virtud del art. 40 de la Ley 48 de 1993, se contabiliza todo el tiempo que prestó el servicio militar obligatorio, postura que sustenta con un extracto de sentencia del Consejo de Estado en un caso similar.

Aduce como argumento la sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 12 de octubre de 1995, donde se especifica que el art. 27 de la Ley 100 de 1993, al indicarse que los casos de regímenes especiales que le otorguen un grado de beneficio a los empleados, resultan conforme a la Constitución, pero en los casos que sea lo contrario; es decir, donde se perpetúa un trata inequitativo en detrimento del empleado y menos favorable frente al que se otorga a la generalidad del sector, que el tratamiento dispar no es razonable, por lo que se configura un trato discriminatorio, contradictorio con el art. 13 de la Carta Política.

Explica 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 del hijo de los accionantes, por ser la norma más favorable como lo indica el art. 53 de la C.P., concluyendo 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 demandantes, para de esa manera cumplir con los postulados de un verdadero Estado Social de Derecho.

1.1.4. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 16 de julio de 2014, presentó la demanda en oficina judicial³.
- Mediante auto del 23 de julio de 2014, se admite la demanda⁴.
- El 08 de septiembre de 2014 se notificó la demanda a las partes⁵.
- El 1º de diciembre de 2014, la parte demandada contestó la demanda dentro del término legal⁶.
- El 07 de mayo de 2015, se dio traslado de las excepciones⁷.
- En auto del 25 de junio de 2015, se señaló fecha para audiencia inicial⁸.
- En auto del 10 de diciembre de 2015, se reprogramó fecha de la audiencia inicial⁹.
- El 04 de mayo de 2016 se celebró audiencia inicial, y se fijó fecha para audiencia de prueba¹⁰.

³ Fls. 10 y 21.

⁴ Fls. 23 - 24.

⁵ Fls. 32 - 37.

⁶ Fls. 45 - 57.

⁷ Fl. 124.

⁸ Fl. 126.

⁹ Fl. 135.

- El 21 de septiembre de 2016 se llevó a cabo audiencia de pruebas, y se ordenó correr alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la audiencia¹¹.
- La parte demandante el 21 de septiembre de 2016 presentó sus alegatos de conclusión¹², y el 26 de septiembre fueron presentados por la demandada¹³.

1.1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁴:

La entidad demandada dio contestación de la demanda en los siguientes términos:

En consideración a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, toda vez que el actuar de la entidad ha sido conforme a la normativa aplicable al caso -Ley 131 de 1985, concordante con el Decreto 2728 de 1968- y solicita que se nieguen las súplicas.

Propone como excepciones de la demanda las siguientes:

- **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD:** Hasta que no se demuestre que está viciado el acto se presume legal conforme al art. 88 de la Ley 1437 de 2011, además de ser expedido de conformidad a las normas vigentes del momento en los casos de muerte de soldados en misión de servicio, como lo son la Ley 131 de 1985 y el art. 8 del Decreto 2728 de 1968.
- **COBRO DE LO NO DEBIDO:** en atención a la Ley 131 de 1985, la parte demande no tiene derecho a la pensión de sobreviviente, por lo que se tendría derecho al reclamo.
- **CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDA:** Que los soldados o grumetes sólo tenían derecho a una compensación por muerte al cual se accedió en este caso de conformidad a la norma vigente para la época.
- **PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES - PENSIONALES:** que la muerte del Sr. Yilber Zambrano Tique, fue soldado regular, quien murió el 05 de septiembre de 2012, el cual fue calificado como muerte en misión de servicio; que el art. 174 del Decreto 1211 de 1990 contempla la prescripción cuatrienal, teniendo en cuenta que, la jurisprudencia ha expresado que la pensión no prescribe, pero las mesadas sí, por lo

¹⁰ Fls. 136 - 137.

¹¹ Fls. 144 - 145.

¹² Fls. 149 - 153.

¹³ Fls. 154 - 157.

¹⁴ Fls. 45 - 57.

que se encuentran prescritas todas las mesadas pensionales, intereses corrientes y moratorios, indexación, que se hubieren causados 4 años antes contados desde la presentación de la demanda, como sustento transcribe una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

El derecho a exigir la pensión se configuró desde el momento en que le fue reconocida la compensación por muerte, mediante la Resolución N° 1635 del 29 de noviembre de 2012, para ello transcribe sentencia de la Corte Constitucional.

- **INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA:** La cual ya fue resuelta en la audiencia Inicial del 04 de mayo de 2016¹⁵, por lo que no hay pronunciamiento en esta oportunidad.
- **EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE BUENA FE:** No solamente goza de legalidad, sino que también se hizo acatando la Ley y la observancia de los principios constitucionales.
- **INNOMINADAS:** Toda las que resulten probada.

En cuanto a los hechos expresó: desde el 1º al 8 y del 10 al 13 son ciertos, en cuanto al hecho 9º y 14 no son ciertos.

1.1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Parte demandante¹⁶: se sostiene en los mismos argumentos esbozados en la demanda.

Parte demandada¹⁷: haciendo una lectura de los alegatos presentados, se manifiestan exactamente los mismos argumentos esbozados en la contestación de la demanda, con una salvedad, que sostiene que, a pesar de no ser un acto complejo, el hecho de que en dicho acto no se haya mencionado acerca de la pensión sobreviviente, se o que debía tomar como negada dicha prestación, de allí que también se tenía que demandar dicho acto; al haberse resuelto su situación desde ese entonces.

Ministerio Público: Guardó silencio.

¹⁵ Fl. 136.

¹⁶ Fls. 149 - 153.

¹⁷ Fls. 154 - 157.

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 Oficio 44519 del 25 de septiembre de 2013, expedido por la Nación - Ministerio de Defensa, al negar el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a la accionante por la muerte ocurrida en MISIÓN DE SERVICIO del Sr. Yilber Zambrano Tique.

2.2. Problema jurídico.

Se contrae en el presunto en determinar, ¿si en el presente asunto es procedente o no el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante ANA MARÍA TIQUE SILVA, en la condición de madre del Infante de Marina Regular YILBER ZAMBRANO TIQUE, muerto en misión de servicio, el 05 de septiembre de 2012?

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 YILBER ZAMBRANO TIQUE, no se hizo reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Al no encontrarse regulado en la norma vigente para la fecha de su deceso, por lo que se hará el estudio de la normativa que regula el servicio militar obligatorio, y la evolución normativa encaminada al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a

los soldados o grumetes; por tanto, se procederá al estudio del caso con base en las normas que indica la parte demandante que 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. YILBER ZAMBRANO TIQUE, al momento de su fallecimiento ostentaba la calidad de Soldado Regular o Grumete, grado que se encuentra consagrado en la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización, en el que se instituyó el servicio militar obligatorio para todos los colombianos en su art. 3º, con algunas excepciones, por un lapso no entre dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses, así:

ARTICULO 3º Servicio militar obligatorio. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley.

En cuanto a las diferentes maneras en que se presta el servicio militar, se encuentra que existen varias modalidades, acerca del tema la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“En relación con el personal incorporado a filas, en la sentencia C-511 de 1994 (M. P.: Dr. Fabio Morón Díaz), la Corte Constitucional consideró:

"El artículo 13 de la Ley 48 de 1993, autoriza al Gobierno para establecer diferentes modalidades, para atender la obligación de prestar el servicio militar, distinguiendo cuatro modalidades o categorías:

- 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

"Distintos elementos integran las categorías creadas por la norma, según patrones geográficos que permiten la subclasificación entre ciudadanos urbanos y rurales, en consideración a la situación sociocultural, económica e histórica propia de cada enclave, y según patrones intelectuales, que distinguen en la población colombiana entre quienes hayan finalizado o no su educación media o de bachillerato. Ambos criterios permiten la definición de desigualdades materiales, de un carácter amplio, entre los ciudadanos colombianos. No significan tales distinciones un

desconocimiento del principio y derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Es simplemente el trato diferencial propio de las distintas situaciones objeto de regulación por la ley. No existe en la norma examinada ánimo discriminatorio, de favorecer un estamento de la sociedad en beneficio del otro, ni en su propio beneficio".¹⁸

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 por ocasión en misión de servicio, entendido que cualquier actividad realizada en prestación a sus funciones como militar, es originado en actos propios del servicio activo, indicando en su art. 8º inciso 2º 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 regulares, fallecidos en misión de servicio, 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 treinta y seis (36) meses de los haberes correspondientes a un Cabo Segundo o Marinero.

Por otro lado, se tiene, que en el art. 190 del Decreto 1211 de 1990, consagró una serie de prestaciones a favor de los descendientes o ascendientes de los Oficiales o

¹⁸ Sentencia SU-200/97, Corte Constitucional, Magistrados Ponentes: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ y Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá D.C., a los diecisiete (17) días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en servicio, 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 sobreviviente. La citada norma dispone:

ARTÍCULO 190. MUERTE EN MISIÓN DEL SERVICIO. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios, en el orden establecido en el presente Decreto tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a. A que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a tres (3) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Estatuto.
- b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) años o más de servicio, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, la cual ser liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.-Subrayas de la Sala-

Como se observa, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tienen establecido un régimen especial. Destacándose que, cuando se trata de muerte en servicio, los beneficiarios del Oficial o Suboficial tienen derecho al disfrute de una pensión mensual, por muerte con ocasión a actos propios del servicio o con inherentes al mismo, por lo que resulta evidente, que tienen derecho los sobrevivientes a recibir dicha prestación como beneficiarios.

No obstante, para la época de los hechos se encontraba vigente la Ley 447 de 1993, por medio de 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, normativa que hace referencia directa al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a los beneficiarios del Soldado Regular que por mandato constitucional y legal debe enlistarse a las filas de la fuerzas armadas o Policía Nacional, como bien quedó expresado por el Consejo de Estado en un caso similar, agregando además como argumento de su posición referencia jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca de la vigencia de la mencionada normativa con relación al Decreto 2728 de 1968, en el cual expresó lo siguiente:

“Sin embargo advierte la Sala que, contrario a lo manifestado por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa en el acto acusado, el régimen

prestacional vigente en punto de la pensión de sobreviviente para el personal vinculado a las Fuerzas Militares, por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, vigente a la muerte del Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos, 12 de marzo de 2008, era el previsto en la Ley 447 de 21 de julio de 1998.

Dicha norma, debe decirse, en su artículo 1 establece a favor de los beneficiarios del personal vinculado a las Fuerzas Militares, que fallezca con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio y por causa de actos propios del mismo, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo legal y mensual vigente.

Así se observa en la referida norma:

“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.”.

En este punto, estima la Sala pertinente precisar que sólo a partir de la expedición de la referida Ley 447 de 1998 el legislador, en desarrollo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social, contempló el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los beneficiarios del personal de la Fuerza Pública que falleciera por causa de actos propios del servicio.

La distinción entre los regímenes dispuestos entre el Decreto 2728 de 1968 y la Ley 447 de 1998, fue abordada por la Corte Constitucional en la sentencia C-434 de 27 de mayo de 2003 en los siguientes términos:

“(…) Antes de la promulgación de esa ley [447 de 1998], y aún antes de la expedición de la Carta Política de 1991, existía un régimen jurídico que consagraba una indemnización para los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Armadas y de Policía por razón constitucional y legal del servicio militar obligatorio y que fallecían en combate o como consecuencia de la acción del enemigo. Tal régimen se encontraba consagrado en el artículo 8° del Decreto 2768 de 1968, cuyo texto era el siguiente:

“Artículo 8º: El soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca a causa de las heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto armado 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 al pago de doble cesantía.

A la muerte del soldado o grumete en servicio activo, causada por accidente o 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 al Cabo Segundo o Marinero.”

Esta norma era aplicable a los soldados regulares, los soldados campesinos, los soldados bachilleres y los auxiliares de policía bachilleres pues todos ellos prestan el servicio militar obligatorio. En relación con estos últimos, si bien ejercen su labor en funciones propias de la Policía Nacional, para efectos de incorporación a la fuerza y régimen prestacional se asimilan a soldados.

Como puede advertirse, entonces, se trata de dos regímenes diferentes. El anteriormente vigente consagraba una indemnización a los beneficiarios de los

soldados y grumetes que fallecían a causa de las heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto armado internacional o en mantenimiento del orden público. El régimen actual, en cambio, no consagra una indemnización sino una pensión a favor de tales beneficiarios. (...).”¹⁹

En la misma jurisprudencia como colofón a lo anterior, sigue expresando la máxima corporación de lo administrativo que, era impensable la diferencia existente entre los diferentes regímenes vigentes entre los soldados regulares de las Fuerzas Armadas y los que en cumplimiento de un deber constitucional prestaban el servicio militar, por lo que existía una brecha entre estos; lo que más adelante sería evidente, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, que hace la transcripción literal del art. 1º de la Ley 447 de 1998, como se observa en la jurisprudencia estudiada:

“No pasa por alto la Sala el hecho de que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación el legislador en materia de la fijación de los regímenes prestacionales de los servidores públicos cuenta con una amplia libertad de configuración. Sin embargo, en esta oportunidad, no existía en el ordenamiento jurídico razón que justificara el trato diferenciado que existía entre el personal regular de la Fuerza Pública y quienes en cumplimiento de un deber constitucional y legal tomaban las armas en defensa de la soberanía nacional, esto, en punto del reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente a sus beneficiarios.

Lo anterior, se corrobora en el hecho de que con posterioridad el Presidente de la República al expedir el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, por el cual “se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública” reprodujo en su artículo 34 el texto del artículo 1 de la Ley 447 de 1998, en lo que se refería al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a los beneficiarios del personal que fallezca en desarrollo de actos relacionados con la prestación del servicio militar obligatorio.

Para mayor ilustración se transcribe el referido artículo 34 del Decreto 4433 de 2004:

“ARTICULO 34. Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio. A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.”²⁰

De esta forma el Consejo de Estado reconoció el derecho a la pensión de

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00302-01(2061-13).

²⁰ Ibidem

sobreviviente en cabeza de los beneficiarios del soldado regular que murió en ocasión de misión en servicio conforme a los parámetros establecidos en la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, como a lo bien expresó en la mencionada providencia:

“Descendiendo al caso concreto, estima la Sala que teniendo en cuenta que el Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos falleció el 12 de marzo de 2008 en actos propios del servicio militar obligatorio, como consta en el informe administrativo de muerte, visible a folio 5 del expediente, no hay duda de que la petición de los demandantes, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, debió ser absuelta por el Ministerio de Defensa Nacional con aplicación de las disposiciones previstas en la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004.

Así las cosas, tal como lo estimó el Tribunal, los señores José Francisco Páez Páez y Rosalba Cubillos Alfonso, en su condición de padres del Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos, tenían derecho al reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia, con ocasión de la muerte de éste en actos propios del servicio, en los términos de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, esto es, en monto igual a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente.”²¹

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 estos tendrían derecho a la pensión de sobreviviente. Por lo tanto, encuentra razón lógica para aplicar en estos casos el segundo precepto legal; pero a su vez el Consejo de Estado estableció que la norma a aplicar al caso de los soldados o grumetes en el evento del servicio militar obligatorio era aplicable la Ley 447 de 1998, al regular todo lo referente a la pensión vitalicia de los soldados que por mandato constitucional y legal hayan muerto por eventos propios de sus funciones o prestación del servicio, muerte en combate, etc., ocurrida con posterioridad a la vigencia de dicha norma, porque en caso contrario era aplicable el Decreto 1211 de 1990, por vacío legal, así como de no existir igualdad entre los regímenes, por la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

²¹ *Ibíd.*

En este mismo sentido, en sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)²², el Órgano de Cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“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.²³*

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 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:

(...)

²² 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).

²³ 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

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)²⁴, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

“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.

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

²⁴ 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).

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.”.

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 30 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 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 y la misma Ley 447 de 1998, esto es, que para los Oficiales o Suboficiales que fallezcan en ocasión de la prestación del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en tanto, el Decreto 2728 de 1968, art. 8º, consagró que el soldado en servicio activo que fallezca, sus beneficiarios tendrían derecho al reconocimiento y pago de una compensación por muerte, pero no tendrían derecho a que se les reconociera la prestación consistente en la pensión de sobreviviente.

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 (1°) de abril de dos mil cuatro (2004) y del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), reconocen la pensión de sobreviviente 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 o en su defecto la Ley 447 de 1998-*, que tanto los Soldados como los Oficiales y Suboficiales, prestan sus servicios a las Fuerzas Militares, y en caso de fallecimiento tendrían derecho en algunos casos de ser ascendidos al grado inmediatamente superior, sino que también al reconocimiento de la pensión de sobreviviente para sus beneficiarios, sin que se dé paso a la aplicación de la Ley 100 de 1993, como pretende la parte accionante, teniendo claro que la Corte Constitucional en Sentencia T- 1043 de 2012, preciso al respecto:

“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”*²⁵. ”²⁶

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)²⁷ y 217²⁸ 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 desarrollan²⁹.

2.5. Caso en Concreto.

En el caso *sub lite*, la Sra. ANA MARÍA TIQUE SILVA, pretende se le reconozca la pensión de sobreviviente a la cual considera tener derecho en virtud del fallecimiento de su hijo YILBER ZAMBRANO TIQUE como Soldado Regular de la Armada Nacional

²⁵ Ley 100 de 1993, art. 1°.

²⁶ 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)**.

²⁷ 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).

²⁸ 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).

²⁹ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

por muerte en misión del servicio, pensión de sobreviviente que equivaldría a un monto de quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos (\$566.700) lo que correspondería en vigencia de la Ley 100 de 1993.

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

Para el subexamine, se tiene que el Sr. YILBER ZAMBRANO TIQUE, en vida perteneció a la Armada Nacional y ostentaba el grado de Infante de Marina³⁰ o Soldado Regular³¹ desde el 23 de noviembre de 2011 hasta el 05 de septiembre de 2012, fecha en la cual fue dado de baja por muerte en misión de servicio.

Que como causa de su fallecimiento se le reconoció a la Sra. Ana María Tique Silva y al Sr. Arnoldo Zambrano Trujillo en calidad de padres del causahabiente una compensación por muerte, tal como lo señala la Resolución N° 1635 del 29 de noviembre de 2012, proferida por el Director de Prestaciones Sociales Armada Nacional y el Director de Bienestar Social encargado de las funciones de la Jefatura de Desarrollo Humano Armada Nacional³².

De igual forma se probó que, la causa de su fallecimiento se dio por muerte en misión de servicio, como resultado de haberse ordenado a buscar agua al pozo ubicado en la Vereda Torrente Indígena del Municipio de Coveñas el día 05 de septiembre de 2012, en compañía de dos soldados más, donde resultó muerto por ahogamiento, esto conforme al Oficio N° 001/MD-CG-CARMA-SECAR-CIMAR-CBEIM-CBACAIM-2-S1 del 06 de septiembre de 2012³³ y el Informativo Administrativo por Muerte N° 01 del 21 de septiembre de 2012³⁴.

En el presente caso, se aprecia como probado que el actor por medio de su apoderado el 31 de enero de 2013³⁵, a través de derecho de petición, solicitó el

³⁰ Fl. 18.

³¹ Fls. 82 - 84.

³² Fls. 91 - 92.

³³ Fl. 73.

³⁴ Fl. 72v.

³⁵ Fl. 17.

reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobreviviente por muerte de su hijo YILBER ZAMBRANO TIQUE.

La Sra. Ana María Tique Silva, probó el parentesco en primer grado, como madre del occiso³⁶.

Como se indicó líneas arriba, en virtud del principio de igualdad y toda vez que el Sr. YILBER ZAMBRANO TIQUE murió en actos propios del servicio, tal como fue catalogado como muerte en misión del servicio, no se encuentra asidero en los argumentos de la entidad accionada, en dar aplicación al caso del Decreto 2728 de 1968, cuando existía norma vigente para la época de los hechos, como es el caso de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004 en su art. 34, de allí que, se inaplicará el Decreto 2728 de 1968, y se dará paso al cumplimiento de lo establecido en el art. 447 de 1998 y el art. 34 de la Ley 4433 de 2004, reconociéndole de esta manera a la Sra. Ana María Tique Silva en su calidad de madre, la pensión de sobreviviente por la muerte en misión del servicio de su hijo Yilber Zambrano Tique, como ya se precisó con anterioridad el grado de parentesco en el que actúa la demandante, pero en un 50%, dada la existencia de prueba que también indica que su padre, Sr. Anoldo Zambrano Trujillo, requirió en su momento la indemnización por muerte, sin que se evidencie documento que diga de su fallecimiento; caso en el cual el beneficio aquí declarado sería en un 100% para el demandante.

Conforme a lo antes mencionado y en aplicación del art. 1º de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, la demandante tienen derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL, le reconozca y pague la pensión de sobreviviente, por causa del fallecimiento de su hijo equivalente en monto igual a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, según las precisiones antes expuestas, 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

³⁶ Fl. 15.

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 la accionante, en su condición de madre, en las condiciones antes descritas, pero sin que deba pasarse por alto la aplicación del art. 6º de la Ley 447 y el Decreto 4433 de 2004 en lo que respecta a la prescripción trienal, por ser la normativa vigente al momento del fallecimiento de la víctima directa, la cual dispone lo siguiente:

LEY 447 DE 1998

Artículo 6º.- Prescripción. Los derechos aquí consagrados prescriben en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria del hecho o acto administrativo.

DECRETO 4433 DE 2004

Artículo 43. *Prescripción.* Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Es así que, para el presente caso, la prescripción se contará desde la fecha del fallecimiento del Sr. YILBER ZAMBRANO TIQUE, esto es, el cinco (05) de septiembre de dos mil doce (2012), y la fecha de presentación del reconocimiento de la Pensión de sobreviviente a la entidad fue el 31 de enero de 2013³⁷, por lo que claramente se observa que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que la Sra. ANA MARÍA TIQUE SILVA, es beneficiaria del fallecido Soldado, toda vez que conforme al Registro Civil de Nacimiento del Sr. YILBER ZAMBRANO TIQUE se evidenció que la demandante era

³⁷ Fl. 17.

su madre, sin que se le dé aplicación a la figura jurídica de la prescripción, por lo expresado, aplicando la fórmula establecida en esta providencia, entendiéndose como no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

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 administrativo N° OFI13-44519 MDNSGDAGPSAT del 25 de septiembre de 2013, Proferido por la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL, en virtud del derecho de petición presentado el 31 de enero de 2013, el cual negó el reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de sobreviviente a la Sra. ANA MARÍA TIQUE SILVA, por la muerte misión de servicio de su hijo YILBER ZAMBRANO TIQUE.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL, reconocer, liquidar y pagar la pensión de sobreviviente a la Sra. ANA MARÍA TIQUE SILVA, por la muerte en misión de servicio de su hijo YILBER

ZAMBRANO TIQUE, 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).

En un monto del 50%, dado la existencia del Sr. Arnoldo Zambrano Trujillo, quien está reconocido como padre de la víctima, a menos que se demuestre lo contrario, de ser así, será del 100%

TERCERO: DECLÁRESE como no de oficio probada la prescripción de las mesadas pensionales, por las razones expuestas, 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