



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 29 MAR 2019

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2017-00120-00
DEMANDANTE: ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO.
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Corresponde al Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja resolver en primera instancia el litigio planteado por la parte actora en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-.

I. SINTESIS DEL CASO

El joven **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), ingreso al **EJERCITO NACIONAL**, como soldado regular, estando en la prestación del servicio militar el día 26 de octubre de 2015 en desarrollo de la operación de control territorial número 57 "ODISEA 6" cuya finalidad era garantizar el ejercicio de la democracia en la Vereda Barichara del Municipio de Güicán —Boyacá—, fue atacado por un grupo subversivo al margen de la ley, causando su muerte, la cual fue calificada como ocurrida por acción directa del enemigo.

II. ANTECEDENTES

2.1. Lo que se demanda

El señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-**, con la finalidad de obtener las siguientes pretensiones:

Primero: Declarar la nulidad del oficio número 20163131332421 del 4 de octubre de 2016 proferido por el Oficial de la Sección Jurídica de la Dirección de Personal del Ejército Nacional por medio del cual negó la solicitud de ascenso póstumo del concripto Yonathan Fabián Panche Rubiano presentada el 28 de septiembre de 2016 mediante oficio de fecha 11 de agosto de 2016.

Segundo: Declarar la nulidad parcial de la Resolución número 5575 del 21 de diciembre de 2015 que reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% al señor Álvaro Nelson Panche Cristancho con fundamento en el expediente número 4880 de 2015.

Tercero: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene a las demandadas pagar al demandante las diferencias que surjan entre lo que se llegará a pagar por concepto de la pensión reconocida en virtud de la liquidación ordenada en la

Resolución número 5575 y lo que debió ser pagado desde el 30 de octubre de 2015. Para tal efecto, se incluya en la liquidación de la prestación lo siguiente: i.) el ascenso póstumo del soldado Yonathan Fabian Panche Rubiano; ii) el 100% de los factores salariales devengados por un cabo segundo y iii) que el pago del 50% que le corresponde se ordene a partir del día siguiente a la muerte de Yonathan Fabian y no desde la fecha en que cumpla 50 años de edad. En todo caso la liquidación no puede estar por debajo de la suma ya reconocida en la resolución demandada.

Cuarto: El valor que resulte adeudado a los demandantes sea ajustado en los términos previstos en el artículo 187 del C.P.A.C.A (indexación).

Quinto: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada y en favor del demandante.

Sexto: Que las demandadas den cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. y reconocerá intereses en la forma allí prevista.

En este punto, se precisa que el Despacho en audiencia inicial adelantada el día 4 de mayo de 2018, en la etapa de saneamiento encontró que aún, cuando la parte actora pretende la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 5575** del 21 de diciembre del 2015 según el cual, se reconoció la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor del demandante (fl. 1), al revisar el tema se advierte que dicho acto administrativo **no reconoció derecho pensional alguno**, no obstante ello, se precisó que en el proceso se analizaría si hay lugar a declarar su nulidad. En tal medida y con esa precisión el Despacho entraría a estudiar la legalidad de los actos administrativos demandados (fl. 94)

1.3. Fundamentos fácticos

Se refiere que el demandante es padre de **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), quien ingresó como soldado regular al **EJERCITO NACIONAL**, y para el día 26 de octubre de 2015 e integraba la segunda sección del segundo pelotón de la compañía E agregados operacionalmente al Batallón de Alta Montaña No. 2 "**GR SANTOS GUTIÉRREZ PRIETO**" quienes se encontraban en cumplimiento de la misión táctica "**Plan Electoral**" y en desarrollo de la operación de control territorial número 57 "**ODISEA 6**" cuya finalidad era garantizar el ejercicio de la democracia en la Vereda Barichara del Municipio de Güicán —Boyacá—.

El día 26 de octubre de 2015 a las 4:30 horas cuando dicha sección instaló una base de patrulla móvil en las coordenadas 06°41-19-072°-11-06 fueron atacados por un grupo subversivo (al parecer, la guerrilla del ELN), causando la muerte de un suboficial y 7 soldados regulares, entre ellos, el soldado **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO**, la cual fue calificada como ocurrida por acción directa del enemigo.

Sumado a lo anterior, se informa que mediante Resolución número 5575 del 21 de diciembre de 2015, el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional reconoció la pensión de sobrevivientes del joven YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO a sus padres, concediendo el 50% a su padre, **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, y el otro 50% a su señora madre, **MARINA ISABEL RUBIANO**

CHIQUIZA, con efectos fiscales a partir de la fecha en que ellos cumplan 50 años de edad. Finaliza señalando que el Ejército Nacional negó la solicitud de ascenso póstumo de YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante indica que en el presente asunto *se viola el derecho fundamental a la igualdad de trato*, si se tiene en cuenta las prestaciones del Decreto 2728 de 1968 en favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y por acción del enemigo, y las previstas en el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias. Pues, los conscriptos al igual que los suboficiales y oficiales hacen parte de las Fuerzas Militares y de Ejército, y contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal.

Refiere que en los términos del artículo 4 de la Constitución Política se debe inaplicar por inconstitucional el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 147 de 1998 en cuanto condiciona el pago de la pensión a los beneficiarios del conscripto que fallece por acción directa del enemigo, hasta tanto cumplan 50 años de edad y, en su lugar, se aplique el principio constitucional de igualdad material, en los términos del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, que reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Así mismo, manifiesta que la demandada desconoció el precedente constitucional, pues la Corte Constitucional en sentencia T-1043 de 2012 concluye que la finalidad de los artículos 13 y 48 C.P., es proteger la familia del soldado fallecido cuando se encuentra prestando el servicio militar oficial, con el objetivo de que los integrantes no queden desamparados, por lo que se debe aplicar el beneficio pensional dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados regulares que fallecen prestando el servicio militar, reconocimiento pensional que expresamente la norma prohibía, por lo cual, en el caso bajo examen la demandada debe pagar a los padres la pensión a partir del día siguiente al deceso por acción directa del enemigo del conscripto y no hasta que aquellos cumplan la edad de 50 años, sumado a ello, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 se debe reconocer el beneficio pensional con base en el ascenso póstumo.

En conclusión, solicita declarar la nulidad parcial de la Resolución número 3811 y en su lugar ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes en favor del demandante con base en el sueldo de un cabo segundo, a partir del día siguiente a la muerte del joven **YONATHAN FABIAN PANCHE RUBIANO**, esto es, del 30 de octubre de 2015 y que en todo caso la liquidación no puede estar por debajo de la suma ya reconocida en la resolución demandada.

III. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión y etapas del proceso

La demanda fue radicada ante la oficina de apoyo judicial de los Juzgados Administrativos de Duitama Boyacá el 15 de febrero de 2017, correspondiendo inicialmente su conocimiento

al Juzgado Primero Administrativo de dicha ciudad, el cual mediante auto del 13 de julio de 2017 se declaró sin competencia para asumir el conocimiento, por lo cual lo remitió a la ciudad de Tunja (fls. 15 y 23), siendo asignado a este Juzgado, el cual admitió el medio de control con providencia del 9 de agosto de 2017 (fl. 27 y ss) y una vez notificada, la entidad accionada dio contestación como se advierte a folio 41 y ss.

Posteriormente mediante auto del 5 de abril de 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl.89).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 4 de mayo de 2018, según consta en el acta que reposa en el expediente a folio 93 y siguientes, en la cual, no se resolvieron excepciones previas al no ser propuestas y tampoco advertirse por el Despacho. Así mismo, se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día 19 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (folio 193), incorporando todas las pruebas, y dando por finalizada la etapa probatoria, ordenándose la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

La **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL** se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda, indicando que carecen de sustento jurídico y probatorio, pues dicha entidad no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la cual su actuación está ajustada a derecho, pues no ha conculcando el principio de legalidad, pues el artículo 5, parágrafo 1 de la ley 447 de 1998, refiere **como requisito para la persona que pretenda ser beneficiaria de la pensión debe tener como edad mínima cincuenta (50) años.**

Como argumentos de defensa refiere que la Administración pública se orienta bajo el principio de legalidad, por lo cual no puede proferir decisión alguna que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento, no siendo viable contradecir los lineamientos previstos en norma superior, ni apartarse de los fines, entre otros, el interés general y el bienestar de la comunidad.

En ese orden, sostiene que los Actos Administrativos acusados son garantes del principio de legalidad, toda vez que se expidieron con base en la ley vigente y con el lleno de los requisitos exigidos, sin que la parte demandante tenga derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues no cuenta con la edad de **cincuenta (50) años** que trata el artículo 5, parágrafo 1 de la Ley 447 de 1998, requisito necesario conforme a las exigencias del Decreto 4433 de 2004, norma vigente para la fecha del deceso del uniformado.

2.3. Medios de prueba relevantes allegados al proceso

- Oficio No. 20163131332421 del 4 de octubre del 2016, por medio del cual la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** niega el ascenso póstumo del joven **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 11, 187).
- Resolución número 5575 del 21 de diciembre de 2015 proferida por la **DIRECTORA ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, mediante la cual se declara que no hay lugar a reconocer y ordenar el pago de pensión con ocasión del deceso del soldado regular del Ejército Nacional **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 12 y 13).
- Copia del expediente prestacional No. 4880 del 25 de noviembre de 2015 del señor **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), en el cual se consigna la información del causante, sus beneficiarios, el informativo administrativo por muerte No. 7 del 30 de octubre del 2015¹ en el cual se advierte que la muerte del extinto soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) se dio en combate con un grupo al margen de la ley (fls. 61 a 75 y 105 a 121, 133 a 155, 167 a 184).
- Copia de la Resolución No. 205949 del 4 de diciembre del 2015, mediante la cual se declara que no hay lugar al pago de suma alguna por concepto de prestaciones sociales del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), proferida por la **DIRECTORA ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** (fl. 101).
- Copia del informativo administrativo por muerte del señor **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), en el cual se consigna que murió en combate o por acción directa del enemigo (fl. 123 y 124, 127, 158, 164).

2.4. Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas a que se refieren los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011, el 19 de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes y al **MINISTERIO PÚBLICO** para que presentaran alegatos de conclusión (fl. 193 vto.), sin embargo, no realizaron pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procede a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Presupuestos procesales de la acción

¹ Fl. 65 vto. Y 111, 125 vto y 126 vto., 160, 163

- 3.1.1.** Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia del Juzgado, la legitimación en la causa, la procedencia de la acción y la caducidad.
- 3.2.** Por ser la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-** de carácter nacional, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción** de acuerdo con el artículo 104 del C.P.A.C.A. y dado que se trata de una demanda en donde se utiliza el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el despacho es competente para conocer en primera instancia, por así disponerlo el numeral 2 del artículo 155 ibídem. Por lo anterior, se concluye que el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, es competente para pronunciarse respecto de la nulidad de los actos administrativos demandados.
- 3.3.** El medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho a que alude el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 es el procedente en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos proferidos por la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-** y como consecuencia se ordene el ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) y se reconozca la pensión de sobrevivientes reclamada por el demandante.
- 3.4.** En cuanto a la **legitimación en la causa por activa**, se demostró que el demandante **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO** pudo verse afectado por el no reconocimiento del derecho pensional solicitado, pues se encuentra acreditado que es el progenitor del causante **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D). En razón de lo anterior, se encuentra legitimado en la causa por activa y, en consecuencia, se la tendrá en el presente proceso como posible beneficiario del derecho pensional solicitado, en caso de cumplir los presupuestos que dispone el ordenamiento jurídico.
- 3.5.** Finalmente, en cuanto a la **legitimación por pasiva**, se tiene que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-**, razón por la cual se acredita su legitimación por pasiva en la presente causa.
- 3.6.** En lo atinente a la **caducidad** de la acción, el Despacho constata que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues por medio de la presente demanda se solicita el reconocimiento de un derecho pensional el cual tiene la virtualidad de ser una prestación periódica, y en los términos del artículo 164 del C.P.A.C.A., la demanda se puede presentar en cualquier tiempo, cuando: *C) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas...*, por lo cual la demanda se interpuso dentro del término previsto para tal efecto.

3.2. Hechos probados

De conformidad con las pruebas válidas y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por acreditados los siguientes hechos relevantes:

-Que el señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO** es padre de **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 66 vto)

-Que el joven **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), ingreso como soldado regular al Ejército Nacional (fl. 70 vto)

-Que el día 26 de octubre de 2015 **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) integraba la segunda sección del segundo pelotón de la compañía E agregados operacionalmente al Batallón de Alta Montaña No. 2 "*GR SANTOS GUTIÉRREZ PRIETO*" quienes se encontraban en cumplimiento de la misión táctica "*Plan Electoral*" y en desarrollo de la operación de control territorial número 57 "*ODISEA 6*" cuya finalidad era garantizar el ejercicio de la democracia en la Vereda Barichara del Municipio de Güicán —Boyacá—, y aproximadamente a las 4:30 horas cuando dicha sección instaló una base de patrulla móvil en las coordenadas 06°41-19-072°-11-06 fueron atacados por un grupo subversivo (al parecer, la guerrilla del ELN), causando la muerte de un suboficial y 7 soldados regulares, entre ellos, el soldado **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO**, la cual fue calificada como ocurrida por acción directa del enemigo (fl. 65 vto y 70 vto).

3.1. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en la demanda y su contestación considera el Despacho que debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Establecer si ante la muerte del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) el 26 de octubre del 2015, hay lugar a ordenar su ascenso póstumo?
2. ¿Determinar si es procedente ordenar el pago de pensión de sobrevivientes a favor del demandante en un 50%, por parte de la **NACIÓN- EJÉRCITO NACIONAL**, en virtud de la Ley 447 de 1998 y demás normas aplicables al caso bajo examen?
3. ¿Así mismo, si es viable inaplicar por inconstitucional el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, en cuanto condiciona el pago de la pensión a los beneficiarios del conscripto que fallece por acción directa del enemigo, hasta tanto cumpla 50 años de edad, y en virtud del principio de igualdad material se de aplicación al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 que reconoce dicha prestación sin limitación en favor de oficiales y suboficiales de la fuerza pública?
4. ¿En caso de resultar procedente el reconocimiento de la asignación de retiro en favor del demandante en el porcentaje solicitado, el Juzgado debe determinar si resulta factible disponer su pago a partir del 26 de octubre de 2015, fecha del fallecimiento del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D)?
5. ¿Igualmente, si hay lugar a condena en costas?

En ese orden de ideas, en el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si los actos administrativos demandados, expedidos por la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** mediante los cuales se NEGÓ la solicitud de ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE**

RUBIANO (Q.E.P.D) y el reconocimiento y pago de pensión mensual con ocasión de su deceso en favor de su progenitor, están incursos en alguna de las causales de nulidad que establece el artículo 137 del CPACA. Así mismo, si la demandada debe ascender de forma póstuma al soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), reconocer y pagar pensión mensual en favor del demandante.

a. Tesis de la parte demandante

La parte demandante esbozó como tesis argumentativa que los actos administrativos a través de los cuales, la entidad demandada negó el ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) y el reconocimiento y pago de pensión mensual con ocasión de su deceso, violan el principio de igualdad, la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, y desconoce el precedente constitucional, por lo cual, debe declararse su nulidad y acceder a las pretensiones de la demanda.

b. Tesis de la entidad demanda

Por su parte, la entidad demandada señala que la reclamación elevada por vía judicial, no está llamada a prosperar, toda vez que dicha entidad no ha incurrido en violación de normas de rango constitucional, ni legal, razón por la cual su actuación está ajustada a derecho, sostiene que los Actos Administrativos acusados son garantes del principio de legalidad, toda vez que se expidieron con base en la ley vigente y con el lleno de los requisitos exigidos, sin que la parte demandante tenga derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues no cuenta con la edad de que trata el artículo 5, parágrafo 1 de la ley 447 de 1998, por lo cual solicita denegar las pretensiones de la demanda.

c. Tesis del despacho

El Despacho resolverá la litis accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda al encontrar acreditados los fundamentos facticos y jurídicos que permiten vislumbrar que al menos uno de los actos administrativos demandados se profirió con vicios de nulidad como lo aduce la parte demandante. De forma específica, se ordenará el reconocimiento de la pensión de sobreviviente del demandante en el porcentaje solicitado, para lo cual, se inaplica por inconstitucional, el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 447 de 1998 que establece como requisito para acceder al derecho pensional que el beneficiario cuente con una edad mínima de 50 años.

IV. ANALISIS DEL DESPACHO

Para abordar el estudio del problema jurídico planteado y las tesis sustentadas por las partes dentro del presente proceso, el Despacho pretende resolver la Litis previo estudio de los siguientes aspectos: **i)** excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad; **ii)** de la prestación del servicio militar; **iii)** De la naturaleza de la pensión de sobreviviente; **iv)** Marco legal de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública; **v)** De la pensión de sobrevivientes como consecuencia de la muerte en combate o de la acción del enemigo durante la prestación del servicio militar obligatorio; y **vi)** solución al caso concreto.

Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado:

4.1. Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad

La figura de la «excepción de ilegalidad» se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.

Esta potestad del juez de lo contencioso se deriva del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."

Según lo señalado por el Consejo de Estado en reciente sentencia²:

"La figura de la «excepción de ilegalidad» es connatural a la decisión del Constituyente de poner en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad del actuar de la Administración Pública, y constituye una clara materialización de los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico.

En efecto, la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa es de rango constitucional: sobre el particular, los artículos 236 a 238 atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función".

El ordenamiento jurídico en Colombia supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. En diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. El artículo 4º de la Constitución señala: *"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"*. De la propia Carta se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. A esta conclusión se arriba de la lectura de distintas disposiciones, entre otras, aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone *"promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento" (numeral 10º), y "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (numeral 11º).*

El Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada al referirse a la jerarquía de la ley enseñó:

"Asimismo, en virtud de los principios de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Por lo tanto, las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular, en aras de lograr la «coherencia interna» del sistema jurídico".

² Sentencia con radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) del 18 de Julio de 2018 CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

De la citada jerarquía normativa de nuestro sistema legal, necesariamente se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas, de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Es por tanto plausible que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, sean implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas; en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso ostenta la facultad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, de conformidad con el artículo 148 del CPACA ya citado.

Sobre la excepción de ilegalidad señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000:

"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional."

De otro lado, cuando se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la producción de sus efectos por contrariar la Constitución Política. Dicha figura tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras en la Sentencia C-122 de 2011, en la que se señaló:

"La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece que "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..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución."

Ahora bien, para efectuar dicha inaplicación, esta debe llevarse a cabo en respuesta a una solicitud del demandante o el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio, en el presente caso se pide inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad;

" el párrafo 1 del artículo 5 de la ley 447 de 1998 en cuanto condiciona el pago de la pensión de los beneficiarios del concripto que fallece por acción directa del enemigo hasta tanto estos cumplan 50 años de edad y, en su lugar, aplique, en

virtud del principio constitucional de igualdad material, el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, "toda vez que, como quedó visto, si reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública". (fl. 4)

Porque a juicio de la parte demandante vulnera la Constitución Política, para determinar si le asiste razón a quien implora tal pretensión se hace necesario retomar el recuento normativo de la prestación solicitada.

4.2. de la prestación del servicio militar.

La prestación del servicio militar obligatorio, ha sido una de las cargas u obligaciones genéricas impuesta a los ciudadanos respecto del sostenimiento y defensa de la soberanía y salvaguarda del sistema democrático colombiano (Sentencia C-511 de 1994), al respecto, en la actualidad se encuentra establecido en el artículo 216 de la Constitución Política en los siguientes términos:

"(...) (...) Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones pública.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo (...)"

La prestación del Servicio Militar obligatorio, ha existido con diversas regulaciones desde el surgimiento de la República de Colombia, para el efecto de este asunto, basta con citar la Ley 48 de 1993 "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización" la cual, en su artículo 3 señaló que "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" Disposición que fue reglamentada por el Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993.

Por lo cual, todo ciudadano está en la obligación de definir su situación militar al cumplir la mayoría de edad, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, y según el artículo 11 tendría una duración de entre 12 y 24 meses, según lo determine el Gobierno Nacional.

Ahora, dentro de los beneficios contemplados para las personas que hubieren cumplido con la obligación constitucional de prestar el servicio militar, se contempla que dicho tiempo se computa para efectos de cesantía y pensión (art. 40 Ley 48/93)³.

Posteriormente, se expide la Ley 1861 de 2017, la cual en su artículo 81 derogó la Ley 48 de 1993, pero reafirmó la obligación de definir la situación militar una vez cumplida la mayoría de edad "ARTÍCULO 11. OBLIGACIÓN DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad.", y estableció que debía tener una duración de entre 12 y 18 meses (art. 13).

³ En materia de pensión, cesantías y prima de antigüedad del tiempo de servicio militar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos; (i) Rad. No. 1144 del 16 de septiembre de 1993; (ii) Rad. No. 11001-03-06-000-2001-01397-00(1397) del 24 de julio de 2002.

Dicha ley, establece una serie de beneficios en favor de quienes prestan el servicio militar obligatorio (art. 44), dentro de los que se encuentran devengar una bonificación mensual hasta por un valor del 50% del salario mínimo mensual legal vigente. Así mismo, que a la culminación del servicio militar, dicho tiempo se computa para efectos pensionales, de cesantías y prima de antigüedad (art. 45). Igualmente se estableció una indemnización en caso de que el ciudadano que presta el servicio militar obligatorio sufra una disminución de la capacidad laboral (art.75,

De otro lado, de forma concreta en lo que hace referencia a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, la Ley 352⁴ de 1997 estableció dos clases: **i) los afiliados sometidos al régimen de cotización; y (ii) los no cobijados por el mismo.**

Dentro de los primeros encontramos: a) los integrantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo; b) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión; c) el personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado, activo y pensionado de la Policía Nacional; d) los soldados voluntarios; e) los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional; f) los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional; g) los servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional que deseen vincularse al SSMP; h) los estudiantes de pregrado y posgrado de ciencias médicas y paramédicas que presten sus servicios en los establecimientos de sanidad del SSMP. *Respecto del segundo grupo,* es decir los afiliados no beneficiarios al régimen de cotización se encuentran: a) los alumnos de las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los alumnos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, a que se refieren el artículo 225 del Decreto-ley 1211 de 1990, el artículo 106 del Decreto-ley 41 de 1994, y el artículo 94 del Decreto 1091 de 1995, respectivamente; y b) las **personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio** (art. 19).

4.3. De la naturaleza de la pensión de sobreviviente.

La Constitución Política de 1991, consagra el derecho a la seguridad social, en el artículo 48, el cual tiene una dualidad, habida cuenta que se considera un servicio público obligatorio y un derecho, razón por la cual, es un deber del Estado organizar, dirigir y reglamentar su beneficio bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En este orden, se profirió la Ley 100 de 1993 que reglamentó lo referente al Sistema de Seguridad Social, y dentro de las prestaciones se contempla el régimen pensional, que tiene por objeto garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte de los colombianos.

Al respecto, de la pensión de sobrevivientes la Corte Constitucional en sentencia T-326 de 2011⁵ señaló lo siguiente:

⁴ "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional"

⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

La Ley 100 en su artículo 279 señala que el Sistema General de Seguridad Social de dicha ley, no se aplica a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, quienes cuentan con un régimen especial que tiene en cuenta sus condiciones y características particulares de acuerdo al rol que desempeñan.

En ese orden, debe decirse que los miembros de la fuerza pública, en su régimen especial, poseen una serie de normas a través de las cuales se regula su régimen prestacional y salarial, entre los que encontramos; Decreto 2728 de 1968, Decreto 1211 de 1990, la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, entre otros.

4.4. Marco legal de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública.

Mediante la Ley 65 de 1967 se encomendó al presidente de la República con facultades extraordinarias para modificar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, por retiro o fallecimiento de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional.

En este sentido, previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el Gobierno nacional en cumplimiento de la norma referida en precedencia, profirió entre otros; el **Decreto 2728 de 1968**, *“por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”*, el cual en el artículo 8° estableció 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 sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.*

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. (...)”.

Posteriormente el **Decreto 1211 de 1990** determinó las prestaciones que por causa de muerte tienen derecho **los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios**. Al respecto indicó:

"(...) ARTICULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un **Óficial 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. (...)"

En este contexto, ante la ausencia de disposición normativa que estableciera una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados voluntarios y conscriptos muertos en combate, originó que la jurisprudencia administrativa y constitucional⁶ diera aplicación en esas situaciones al Decreto 1211 de 1990 que se encontraba dirigido a Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, y tenía establecido una serie de prestaciones en favor de los beneficiarios, a saber:

" (...) (...) ARTICULO 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**

⁶ Entre otras; ver las Sentencia T-1043 del 2012 M.P. Nilson Pinilla; Sentencia del 23 de febrero del 2017 del Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Gabriel Rodolfo Valbuena- Rad 68001-23-33-000-2013-00534-01 (2146-15); y Sentencia del 8 de agosto del año 2017 del tribunal Administrativo de Boyacá- Rad. 150013333010201400136-01-M.P José Ascensión Fernández Osorio-Ddo. Nación Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Dte: Sandra Yamile Morales y otros

equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto (...) (...)”

Ahora bien, respecto a la calidad que deben reunir los beneficiarios y el orden de los mismos, el artículo 185 del citado Decreto 1211 de 1990, establece:

"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 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 corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, para tener derecho al reconocimiento **pensional de sobrevivientes de un oficial o suboficial fallecido**, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos y se encuentren en las siguientes circunstancias:

- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 12 o más años y la muerte del oficial o suboficial en combate, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.
- ✓ La muerte del oficial o suboficial en combate, sin importar el tiempo de servicio, en este caso la pensión equivale al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.
- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 12 o más años y la muerte del oficial o suboficial en misión del servicio, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.
- ✓ La prestación del servicio militar por espacio de 15 o más años y la muerte del oficial o suboficial simplemente en actividad, en este caso la pensión se liquida en la misma forma de la asignación de retiro.
- ✓ En todo caso, tener la calidad de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges.

4.5. De la pensión de sobrevivientes como consecuencia de la muerte en combate o de la acción del enemigo durante la prestación del servicio militar obligatorio.

Luego de lo anterior, fue expedida la **Ley 447 de 1998**, que en su artículo 1º, dispuso que; "(...) a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, **sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes (...)**". Negrilla fuera del texto.

Así mismo, dicha norma estableció;

"(...) ARTICULO 3o. MESADAS ADICIONALES. Los beneficiarios de la pensión reconocidos en la respectiva resolución o acto administrativo que así lo ordene, tendrán derecho a percibir semestralmente del Tesoro Público, Ministerio de Defensa Nacional, **una mesada pensional equivalente a la totalidad de la pensión mensual que disfrute a 30 de mayo y 30 de noviembre del respectivo año fiscal. Cada mesada, deberá pagarse dentro de la primera quincena de los meses de junio y diciembre. Negrilla fuera del texto.**

(...) (...) ARTICULO 5º BENEFICIOS, serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación.

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

PARÁGRAFO 1º, Establece como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva (...).Negrilla fuera del texto.

Ya en el año 2000 el Gobierno Nacional expidió los decretos 1793 y 1794 fijando el régimen de carrera y el salarial y prestacional de los soldados profesionales de las fuerzas militares, reemplazando de esa forma a los denominados soldados voluntarios que fueron incorporados al nuevo régimen. Así mismo, se dictó el Decreto 2192 del 2004 que desarrolló el régimen de invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de las fuerzas militares, estatuyendo una serie de prerrogativas en favor de los beneficiarios, y desde ese momento contaron con una regulación propia en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes producto de la muerte en combate o por el accionar del enemigo.

Posteriormente se promulgó la **Ley 923 de 2004**, en la cual se señalan las normas, objetivos y criterios a observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Dicha Ley, contempla las exigencias mínimas para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez, en los siguientes términos:

"(...) **ARTÍCULO 3.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...) (...) **3.6.** El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. (...) (...)”

Con fundamento en la Ley 923, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 del 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, establece la normativa para la pensión de sobrevivientes de cada una de las Fuerzas que conforman la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentra lo relativo a la pensión de sobrevivientes en el Título III capítulo III diferenciando los requisitos para la pensión de sobrevivientes cuando la muerte se causa en actos especiales del servicio, actos de servicio y muerte en simple actividad.

Por su parte, lo que tiene que ver con las prestaciones en favor de **los beneficiarios de las personas que mueren en la prestación del servicio militar**, el Gobierno Nacional ratificó los beneficios dispuestos en la Ley 447 de 1998, según se advierte en el mentado decreto en los siguientes términos:

"(...) (...) **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. (...) (...)”**

En ese orden de ideas, se advierte que a partir de la expedición de la Ley 447 de 1998, desaparece la compensación por muerte en combate que había sido instituida por el Decreto 2728 de 1968 a favor de los beneficiarios de los soldados⁷ que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio.

En conclusión, las prestaciones por muerte durante la prestación del servicio militar obligatorio de acuerdo al marco jurídico expuesto, ha evolucionado de la siguiente manera⁸.

Norma	Calificación de la muerte	Prestaciones
Decreto 2728 de 1968	Heridas o accidente aéreo en	- Ascenso póstumo a cabo segundo o marinero.

⁷ En esta época existían dos clases de soldados los conscriptos (regulares, campesinos y bachilleres) y los voluntarios; En dicha Época se aplicaba el Decreto 2728 de 1968 a los soldados conscriptos y la Ley 131 de 1985 a los profesionales.

⁸ El cuadro fue tomado de la sentencia de unificación por importancia jurídica del 12 de abril de 2018 - Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- CE-SUJ-SII-010-2018- SUJ-010-S2- Rad. No. 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)- C.P.: Sección Segunda.

	combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público	- Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado. - El pago doble de la cesantía.
Decreto 2728 de 1968	Accidente en misión del servicio	Reconocimiento y pago de 36 meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero
Decreto 2728 de 1968	En servicio activo o por causas diferentes	Reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero
Ley 447 de 1998	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente.
Decreto 4433 de 2004	En combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público	Reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente

5. Caso concreto.

En términos generales, la apoderada de la parte demandante señala que la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**- en las decisiones contenidas en los actos demandados - oficio número 20163131332421 del 4 de octubre de 2016 y resolución número 5575 del 21 de diciembre de 2015-, viola el derecho fundamental a la igualdad de trato entre miembros de la fuerza pública, pues, los conscriptos al igual que los suboficiales y oficiales hacen parte de las Fuerzas Militares y del Ejército, contribuyendo a desarrollar su misión constitucional y legal. Por lo cual, en los términos del artículo 4 de la Constitución Política se debe inaplicar por inconstitucional el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 447 de 1998 en cuanto condiciona el pago de la pensión de los beneficiarios del conscripto que fallece por acción directa del enemigo hasta tanto éstos cumplan 50 años de edad y, en su lugar, se aplique el principio constitucional de igualdad material, en los términos del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, que reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, sumado a ello, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 se debe reconocer el beneficio pensional con base en el ascenso póstumo.

La **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL** se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda, indicando que carecen de sustento jurídico y probatorio, pues en los actos administrativos demandados no ha incurrido en violación

de normas de rango constitucional ni legal, y en aquellos determinó que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues no cuenta con la edad de cincuenta (50) años de que trata el artículo 5, parágrafo 1 de la ley 447 de 1998, como requisito para ser beneficiario, exigencia necesaria conforme a los parámetros del Decreto 4433 de 2004, norma vigente para la fecha del deceso del uniformado.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- ⊕ Que el causante **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) prestó el servicio militar en el Ejército Nacional durante 8 meses 14 días, en el periodo del 12 de febrero del 2015 y el 26 de octubre del 2015 (fl. 70 vto, y 116).
- ⊕ Que el soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) falleció el 26 de octubre de 2015, en cumplimiento a la misión táctica **Plan Electoral** que se desarrollaba para garantizar la democracia sobre las elecciones que se realizaban en la Vereda Bachira del Municipio de Guican- Boyacá, **por acciones directas del ELN grupo al margen de la ley** (fl. 65 vto., 111).
- ⊕ Que los señores **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO y MARINA ISABEL RUBIANO CHIQUIZA** eran los progenitores del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 66 vto, 112,175)
- ⊕ Que mediante petición del 11 de agosto del año 2016 el señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, solicitó ante la entidad demandada **EJERCITO NACIONAL**, que se ascendiera de forma póstuma al soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 10).
- ⊕ Que mediante oficio No. 20163131332421 del 4 de octubre del 2016, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** niega el ascenso póstumo del joven **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) (fl. 11, 187).
- ⊕ Que por intermedio de resolución número 5575 del 21 de diciembre de 2015 proferida por la **DIRECTORA ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, se declara que no hay lugar a reconocer y ordenar el pago de pensión con ocasión del deceso del soldado regular del Ejército Nacional **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO**, en favor de sus progenitores (Q.E.P.D) (fl. 12 y 13).
- ⊕ Que según la entidad demandada los señores **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO y MARINA ISABEL RUBIANO CHIQUIZA** en su condición de progenitores del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), son beneficiarios de la pensión por su deceso, y no de cesantías y compensación por muerte (fl. 71, 117 y 180).
- ⊕ Que el demandante señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, nació el 8 de octubre de 1976, por lo cual, al momento del deceso de su hijo **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), ocurrido el 26 de octubre del 2015, contaba con 39 años y 18 días (fls. 12, 68 vto, 114 y 177)

Ahora bien, en el presente caso se debe determinar si los actos administrativos demandados, expedidos por la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** mediante los cuales se NEGÓ la solicitud de ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D) y el reconocimiento y pago de pensión mensual con ocasión de su deceso en favor de su progenitor, están incurso en alguna de las causales de nulidad que establece el artículo 137 del CPACA. Así mismo, si la demandada debe ascender de forma póstuma al soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), reconocer y pagar pensión mensual en favor del demandante.

En orden, para resolver el asunto sometido a consideración de este Juzgado, en primer lugar debe decirse que de conformidad con las normas relacionadas en precedencia no hay lugar a reconocer el ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), pues, así lo dispone de forma clara la Ley 477 de 1998, la cual señaló que *"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"*, tienen derecho a una prestación equivalente a una pensión vitalicia de un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes. Norma especial, que impide la aplicación de lo establecido en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 que se venían aplicando en situaciones análogas a la aquí estudiada, y que contemplaban el ascenso de forma póstuma.

Este planteamiento, ha sido compartido por del Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual entre otras; en Sentencia del 8 de agosto de 2017⁹, enseño:

*" (...) (...) **Bajo esta perspectiva los beneficiarios de los soldados conscriptos no reciben compensación económica adicional a la pensión de sobrevivientes por expresa disposición legal (par. 1 art. 1 L447/1998). Por su parte, los beneficiarios de los alumnos y estudiantes de escuelas de formación, aun cuando estos no son ascendidos póstumamente, perciben una compensación calculada con base en un grado de un Cabo Segundo del EJERCITO NACIONAL (Suboficial) o Subteniente de la POLICIA NACIONAL (Oficial), según el caso. Finalmente, los oficiales y Suboficiales del EJERCITO NACIONAL y los Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la POLICIA NACIONAL son ascendidos póstumamente y sus beneficiarios perciben una compensación económica y el pago doble de las cesantías del causante (...) (...) " **Negrilla fuera del Texto.*****

En ese orden, este Despacho niega la primera pretensión, mediante la cual se solicitaba el ascenso póstumo del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), por lo cual el acto administrativo que negó esta solicitud permanece en el ordenamiento jurídico al gozar de legalidad.

Ahora bien, respecto de la segunda pretensión que se encuentra orientada a obtener la nulidad parcial de la resolución 5575 del 21 de diciembre de 2015, que negó la pensión de sobrevivientes en un 50% en favor del demandante, dirá el Despacho lo siguiente:

- Si bien, en el acto administrativo demandado niega el derecho a los dos progenitores del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), en el presente medio de control solo hace uso del derecho de acción el señor **PANCHE CRISTANCHO**, y

⁹ Sentencia del 8 de agosto de 2017 del Tribunal Administrativo de Boyacá- sala de decisión No. 4- Rad. 150013333010201400136-01-M.P. JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

no la señora MARINA ISABEL RUBIANO CHIQUIZA, circunstancia que no obsta para proferir decisión de fondo, pues nos encontramos en una jurisdicción rogada que actúa de acuerdo a lo solicitado por los ciudadanos, lo cual, ha ocurrido en esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual se persigue un interés particular, en este caso de naturaleza económica, por lo cual, el juez no puede alejarse de lo establecido en la demanda. Es decir, debe hacer un trámite procesal estricto, en tanto que el espectro que debe ser analizado está dado por el accionante y, por lo tanto, el fallo judicial ha de respetar, con estrictez, el principio de congruencia. Máxime que no se advierte ninguna abierta y grosera afectación del orden jurídico (*la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata e incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica*) que habilite al Despacho para asumir el conocimiento de asunto superior o diferente a lo pretendido en la demanda¹⁰ (Sentencia C-197 de 1999).

- Sumado a lo anterior, después de revisar la demanda y su contestación, se advierte que la decisión que aquí se toma no afecta intereses de terceros, pues para tomar una providencia de fondo no es necesario vincular otro sujeto como litisconsorcio necesario¹¹ ya sea por activa o por pasiva, pues dicha figura se presenta cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandantes o demandados que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial", y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

Sobre el tema la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T-056 del 6 de febrero de 1997, enseñó:

*"(...) No cabe duda de que ordinariamente el esquema que ofrecen las acciones laborales indican cuales son los sujetos que por vía activa o pasiva deben concurrir al proceso. Pero habrá casos en que el pronunciamiento judicial al cual tiende el ejercicio de la correspondiente pretensión procesal, por su naturaleza o por disposición legal, no puede adoptarse sin que concurren al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia. En tal virtud, la necesidad de un pronunciamiento uniforme y con efectos concretos sobre la totalidad de dichos sujetos impone su concurrencia al respectivo proceso. Por lo tanto, en estos eventos el juez no puede proveer sobre la demanda y decidir sobre la pretensión sin que todos los sujetos activos y pasivos de la relación procesal hayan sido citados e intervengan en el proceso. La necesidad de la participación de dichos sujetos se torna, por consiguiente, en algo que es consustancial con el principio de la integración del contradictorio. (...)” **Negrilla fuera del texto.***

Figura jurídica que no se presenta en este asunto, pues de acuerdo a los fundamentos de hecho y derecho es factible tomar la decisión de fondo sin afectar a terceras personas, esto es así, en la medida que el artículo 1 de la Ley 447 de 1998, contempla que los beneficiarios de los soldados conscriptos tienen derecho a percibir pensión de sobrevivientes en un monto equivalente a un salario y medio (1. 1/2) mínimo legal mensual vigente, y según el decreto 4433 de 2004, dicha prestación se debe reconocer en este caso en favor de sus ascendientes, pues en vía administrativa la solicitud pensional fue realizada por los

¹⁰ Sentencia del 23 de julio del 2015 del CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA SALA PLENA- Rad. No. 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)-C.P. HERNAN ANDRADE RINCUN-Actor: MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ Demandado: NACION - PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS -Ref ACCION DE SIMPLE NULIDAD (SENTENCIA)

¹¹ u otro tipo de figura procesal como la intervención excluyente o llamamiento de oficio.

progenitores del causante, y por vía judicial por medio de esta acción concurre uno de ellos, lo cual es factible, máxime cuando solo reclama el 50% al que eventualmente tiene derecho.

El aspecto de no existencia de litisconsorcio necesario cuando se tratan asuntos en los cuales se discute el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha sido ampliamente tratado por la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha mantenido a lo largo del tiempo incólume su postura, como se puede observar en sentencia del 11 de noviembre del 2015¹², en la cual enseño lo siguiente que resulta pertinente traer a referencia en este asunto;

(...) Ahora bien, y sin que en casación haga parte de la discusión la legalidad de ese auto del juez, estima la Sala pertinente traer a la memoria que en casos como el presente, la Corte ha dicho que entre posibles beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, verbi gracia entre cónyuge y compañera(o) permanente, no es posible predicar un litis consorcio necesario, pues la resolución de la controversia judicial puede darse en favor de una de ellas sin que sea necesario la comparecencia de la otra, pues el eventual mejor derecho de la última puede ser objeto de declaración en otro juicio.

(...) (...)

Lo anterior porque la figura del litisconsorcio necesario hace relación a que «cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos», lo que quiere decir que tal predicamento corresponde no a las afirmaciones del demandado en su respuesta a la demanda, o a las del demandante en su escrito inaugural del proceso, sino que por la naturaleza del asunto en litigio adquieren la calidad de litisconsortes necesarios, la cual surge cuando no es posible dictarse sentencia sin la presencia de todos quienes conforman la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, pues de resultar excluido alguno o algunos a quienes atañe la decisión de instancia, ésta no lograría su eficacia, y por consiguiente, no sería inmutable ni definitiva necesarias para su ejecutoria, puesto que respecto de aquél o aquéllos no contaría con oponibilidad.

En tratándose de la pensión de sobrevivientes, que fue la pretensión definida en las instancias, no obstante que la demandante accionó en contra de Ecopetrol y de la señora Marlene Guerrero Fuentes, no resultaba dable considerar a ésta como litisconsorte necesaria, porque dicha prestación sólo era posible ser reconocida y pagada por la empresa demandada, y además, si no hubiera comparecido al juicio, ello no le impedía posteriormente reclamar judicialmente su anhelado derecho pensional.”

- En ese orden, la anterior postura es compartida por el Despacho, pues la resolución del presente caso no impide que con posterioridad la señora **MARINA ISABEL RUBIANO CHIQUIZA**, en su calidad de progenitora del soldado regular regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), concurra a solicitar su derecho pensional en el porcentaje al que eventualmente tiene derecho en los términos de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado han sido unánimes en señalar que la regla de la imprescriptibilidad de los asuntos pensionales, entendimiento extraído del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que contempla la irrenunciabilidad del derecho a la Seguridad Social, y el carácter fundamental,

¹² Sentencia del 11 de noviembre del 2015 -Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral- SL16855-2015- Rad. N° 43654- Acta 040-M.P Luis Gabriel Miranda Buelvas

de "la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos..."¹³.

Por lo expuesto, se reitera que no se dan los presupuestos del artículo 61 del C.G.P., para disponer la vinculación de ninguna persona u entidad como litisconsorcio necesario. Así mismo, de lo expuesto en la demanda, su contestación y las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho no advierte que se requiera la vinculación de ningún otro sujeto ya sea a través de una intervención excluyente o llamamiento de oficio¹⁴

- Ahora de forma concreta en lo que tiene que ver con la solicitud realizada por la parte demandante orientada a que en los términos del artículo 4 de la Constitución Política se inaplique por inconstitucional el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 447 de 1998 que condiciona el pago de la pensión a los beneficiarios del conscripto que fallece por acción directa del enemigo hasta tanto cumplan 50 años de edad y, en su lugar, se aplique el principio constitucional de igualdad material, en los términos del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, que reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública:

Encuentra el Juzgado que el artículo 1 de la ley 447 de 1998 de forma clara establece que "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" los beneficiarios del causante tiene derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes. Y el artículo 5 de la citada ley en su parágrafo 1, contempla como restricción para su obtención contar con una edad mínima de 50 años.

Parágrafo que fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, por posible vulneración del principio de igualdad y del deber del estado de proteger la familia, sin embargo la Corte Constitucional en sentencia C-1188 del año 2008¹⁵, se declaró inhibida para pronunciarse al señalar que la demanda presentaba ineptitud sustantiva, teniendo en cuenta que el actor no sustentó tal afirmación, ni expuso los fundamentos de forma adecuada. **Por lo cual, dicho precepto se encuentra vigente**, lo que conllevaría a declarar la nulidad parcial del acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión del demandante, pero debiendo disponer que el acto que reconozca la prestación se suspenda, hasta que el demandante cumpla 50 años como lo exige el artículo 5 de la ley 447 de 1998.

- No obstante lo anterior, teniendo en cuenta lo expuesto en el marco jurídico, corresponde determinar si se dan los presupuestos para que este Despacho de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4 de la Constitución Política, y como consecuencia inaplique para el presente caso el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 447 de 1998. Al respecto, de acuerdo a las normas citadas (Decreto 1211 de 1990, Ley 23 de 2004 y decreto 4433 de 2004), de entrada se evidencia un quebrantamiento del principio constitucional de la igualdad entre los miembros de la fuerza pública (oficiales y suboficiales y soldados profesionales), pues para acceder a la pensión de sobrevivientes a dichos interesados se les exige la vinculación, el fallecimiento del integrante de la fuerza pública y las circunstancias de la muerte, sin tener en cuenta la edad de los beneficiarios, lo cual no

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1998; sentencias T-217 de 2013 y SU-298 de 2015

¹⁴ Artículos 63 y 72 C.G.P.

¹⁵ Así mismo, la Corte Constitucional, en providencia C-152/02, se declaró inhibida de pronunciarse de fondo, sobre los parágrafos 1º y 2º del artículo 5 de la mencionada Ley, "por no existir cargos concretos contra estas disposiciones.

aplica a los conscriptos. Lineamiento plenamente acogido por el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 24 de mayo del 2018¹⁶ con ponencia del magistrado **CÉSAR PALOMINO CORTÉS**, en la cual se confirmó sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Antioquia, que concedió pensión de sobrevivientes, sin el condicionamiento de cumplir 50 años de edad, al respecto señaló:

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

Por lo anterior, se evidencia que al condicionar la pensión de sobrevivientes como lo hace el parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 447 de 1998, puede presentarse un trato inequitativo e injustificado entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de las personas que fallecen en la prestación del servicio militar obligatorio (soldados) con los beneficiarios del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales muertos en las mismas circunstancias, siendo que como lo ha anotado la jurisprudencia de la Corte Constitucional "...los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional".¹⁷ Entonces, no debería condicionarse la pensión en casos como el analizado.

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

El sistema de seguridad social integral, consagra como uno de sus componentes la pensión de sobrevivientes. En los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se ocupa de esa prestación y analizado los mismos se advierte que en los casos en los cuales el beneficiario (a), es el cónyuge o la compañera (o) permanente prevé condiciones, entre estas, relacionadas con la edad, no así cuando los beneficiarios son los padres.

(...) (...)

Con todo, revisado el Sistema General de Seguridad Social Integral, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, no estipula condicionamiento como el previsto el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 447 de 1998, en el evento que el beneficiario sea progenitor(a) del causante. Por lo anterior, la Sala no encuentra razón de peso para revocar la providencia apelada en ese aspecto." Negrilla fuera de texto.

¹⁶ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 24 de mayo de 2018 magistrado ponente César Palomino Cortés, radicación número 05001-23-33-000-2013-00269-01(3539-14)

¹⁷ Sentencia T-1043-12

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte, que las personas beneficiarias del concripto no vean alterada la situación social y económica recibiendo una prestación que les permita satisfacer sus necesidades básicas, pues no se puede pasar por alto que el causante se encontraba en cumplimiento de una misión constitucional cuando fue muerto por el grupo insurgente del ELN. Lo cual, bajo el marco de la Constitución de 1991, implica que debe existir una reciprocidad por parte de la sociedad a través del estado, pues no darse compensación en favor de los beneficiarios del concripto muerto por acciones del enemigo rompería las cargas que se deben asumirse por vivir en sociedad, afectando de forma grave el principio constitucional de la solidaridad.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que la ley 447 de 1998 haya previsto el beneficio de la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios de quien muere por acciones del enemigo mientras presta el servicio militar obligatorio con el condicionante de cumplir 50 años, desconociendo que la normatividad aplicable al resto de miembros de la fuerza pública que mueren en similares circunstancias no se establece dicha restricción.

En ese orden de ideas, reitera el Despacho que el legislador al establecer como condición para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios de quienes mueren a causa del enemigo durante la prestación del servicio militar, infringió y desconoció el derecho a la igualdad. De tal modo, que los postulados del artículo 5 parágrafo 1 de la ley 447 de 1998 imponen un trato diferenciado entre los integrantes de las fuerzas militares, esto es; los soldados concriptos frente a los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, trato que no tiene justificación alguna, en tanto, quienes prestan el servicio militar obligatorio se ven abocados al mismo riesgo que los demás miembros de la fuerza pública, como se advierte en el caso bajo examen.

Máxime cuando la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 477 de 1998 ya reconocía el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios del soldado regular que fallecía como consecuencia del accionar de los grupos insurgentes con fundamento en el Decreto 1211 de 1990, norma que no establece la limitante consignada en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 477/1998, tal lineamiento jurisprudencial se encuentra consignado en la sentencia del 26 de enero del 2017¹⁸, en la cual se refirió lo siguiente:

"(...) 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. De hecho, 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

¹⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del 26 de enero de 2017 magistrado ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15)

pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba. De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto, tal y como lo dispuso el A - quo, 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. (...) Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor E.A.C.S. (q.e.p.d.) prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 1 año, 3 meses y 22 días el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el literal d, del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem, tal y como lo señaló el A - quo. (...)”

En consecuencia siguiendo los planteamientos jurisprudenciales señalados en precedencia, que son compartidos por el Despacho y en aplicación del principio de igualdad, resulta procedente ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes al accionante en el porcentaje que le corresponde, razón por la cual se inaplicará en el caso concreto el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 477 de 1998 que dice **"Establécese como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida **tenga como edad mínima cincuenta (50) años.** De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6o. de esta ley"**

Así, de conformidad con lo expuesto se encuentran acreditados los requisitos para que el demandante sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes en el porcentaje reclamado en la demanda, encontrándose desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado –resolución 5575 del 21 de diciembre de 2015-, siendo evidente que se encuentra incurso en las causales de que trata el artículo 137 del C.P.A.C.A., **por lo cual se declarará su nulidad parcial**, pues de conformidad con la Ley 923 de 2004, el Decreto 1212 de 1990 y el Decreto 4433 de 2004 a la parte demandante le asiste el derecho a percibir la asignación de retiro en un porcentaje del 50% de lo señalado en la Ley 477 de 1998, sin el condicionamiento de edad para su obtención.

6. De la prescripción.

En este punto debe señalarse que de tiempo atrás el Consejo de Estado¹⁹ acogió la tesis que los derechos salariales y prestacionales de los miembros de las fuerzas militares y de policía tienen un término prescriptivo cuatrienal, en razón del principio de favorabilidad, postura que es compartida por este Despacho y que se aplicara en el presente asunto.

¹⁹ La jurisprudencia del Consejo de Estado presentó dos tesis frente a la aplicación de prescripción en las mesadas pensionales de la asignación de retiro; la primera acogió la prescripción de 3 años consagrada en el Decreto 4433 de 2004, aclarando que solo era aplicable a los derechos prestacionales causados con posterioridad al año 2004 dado los efectos irretroactivos de las normas (providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 04 de marzo de 2010, expediente N° 25000-23-25-000-00240-01 (0474-09)); la segunda tesis considero que el Presidente de la Republica –en el Decreto 4433 de 2004- excedió los términos de la ley so pretexto de reglamentarla, por lo cual optó por seguir aplicando la prescripción de 4 años del Decreto 1211 de 1990 (providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 04 de febrero de 2010, expediente N° 25000-23-25-000-2007-01212-01 (1238-09))

En ese orden, debe decir el Despacho que el ordenamiento jurídico en los artículos 10²⁰ y 174²¹ de los Decretos 2728 de 1968²² y 1211 de 1990,²³ regula la prescripción estableciendo un término cuatrienal. Ahora bien, en el caso bajo examen se observa que el demandante realizó la petición tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes luego del deceso del soldado regular regular **YONATHAN FARIÁN PANCHE RUBIANO** (Q.E.P.D), ocurrido el 26 de octubre de 2015, y la entidad demandada resolvió dicha solicitud de forma desfavorable mediante Resolución 5575 del 21 de diciembre de 2015 (fl. 12). Así mismo, se observa que la demanda fue presentada el 15 de febrero del 2017 (fl. 15), en razón a ello, no hay lugar a declarar prescripción de ninguna de las asignaciones mensuales a que tiene derecho. Por lo cual, se ordenará su reconocimiento en un porcentaje del 50% del monto establecido en el artículo 1 de la Ley 477 de 1998. En ese orden, la demandada debe reconocer pensión de sobreviviente en favor del señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, a partir del 27 de octubre del 2015, en un 50% del monto establecido en el artículo 1 de la Ley 477 de 1998.

Sumado a ello, el Despacho no encontró probados hechos que constituyeran algún tipo de excepción que debiera ser declarada de oficio en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

7. El ajuste al valor: La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

8. Los intereses: la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**- pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

9. El cumplimiento de la decisión judicial: La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

²⁰ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

²¹ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 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 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

²² Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

²³ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

10. Costas.

Respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

Primero. – Inaplicar por inconstitucional para el presente caso el párrafo 1° del artículo 5 de la ley 477 de 1998, que señala *"Establécese como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 60. de esta ley."*, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de la resolución 5575 del 21 de diciembre del 2015, expedida por la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-** en tanto negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente del demandante **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.- Como restablecimiento del derecho CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-, al pago de la mesada pensional de sobreviviente en un porcentaje del 50% del monto establecido en el artículo 1 de la Ley 477 de 1998 al señor **ÁLVARO NELSON PANCHE CRISTANCHO**, con efectos fiscales a partir del fallecimiento del soldado regular **YONATHAN FABIÁN PANCHE RUBIANO (Q.E.P.D)**, ocurrido el 26 de octubre de 2015, con las mesadas adicionales, los correspondientes aumentos de ley y en las proporciones legales, valores que deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL- a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Quinto.- Denegar las demás pretensiones de la demanda

Sexto.- La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-**, debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011

Septimo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Octavo.- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Noveno.- Por Secretaria y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia autentica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Decimo.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez

