



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, trece (13) de Julio de dos mil dieciséis (2016).-

EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2015-00060-00
ACTOR: MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría del 16 de Junio de 2016¹, a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado.

I. SINTESIS DE LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES²

Los señores **MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ y JULIO ROBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ** mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 2841 del 11 de Junio de 2014**, por medio del cual la Nación – Ministerio de defensa – Ejército Nacional *negó* el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a los demandantes.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) Reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 1211 de 1990 en calidad de beneficiarios del Cabo Tercero (P) MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ teniendo en cuenta los factores salariales de sueldo básico, prima de actividad en porcentaje del 49.5% del sueldo

¹ Informe visto a folio 165 del expediente.

² Folio 2-3 del expediente

³ Previsto el en artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

básico y una y media veces la prima de navidad; (ii) Reconocer y pagar las mesadas y demás haberes causados y dejados de percibir desde el fallecimiento del causante (10 de julio de 2002) con las debidas actualizaciones e indexaciones hasta el momento en que se incluya a los demandantes en la nómina de pensionados del Ministerio de Defensa Nacional; (iii) Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA; y (iv) Condenar en costas y agencias en derecho.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS⁴:

Señaló el apoderado de la parte demandante que el Cabo Tercero (P) MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ, hijo de los demandantes, se vinculó al Ejército Nacional (Batallón de Contraguerrilla No. 1 Muiscas) como soldado regular y luego como soldado voluntario, hasta cuando se produjo su deceso en 10 de julio de 2002, baja en combate por acción directa del enemigo, completando en total como tiempo de servicios 5 años, 15 meses y 18 días.

De conformidad con el Decreto 2728 de 1968 y a través de la Resolución No. 00205 del 10 de marzo de 2003 el causante fue ascendido a Cabo Tercero Póstumo.

Mediante Resolución No. 27091 del 04 de abril de 2003 se les reconoció a los demandantes una compensación por muerte de su hijo, por lo que quedó acreditada la condición de beneficiarios.

Por lo anterior, solicitan por medio de derecho de petición del 01 de abril de 2014 el reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de sobrevivientes, la cual fue resuelta a través de Resolución 2841 del 11 de Junio de 2014, negando las pretensiones de la solicitud.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 121, 208 y 209 de la Constitución Política; Artículo 8 de la Ley 153 de 1887; artículo 158 y 189 del Decreto 1211 de 1990; artículos 10, 13 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo.

Sustenta la violación de las anteriores normas señalando que se debe reconocer la pensión de sobrevivientes con sujeción a lo establecido en el Decreto 1211 de 1990, por cuanto le resulta más beneficioso a los demandantes. Esboza cada una de las normas que regulan la asignación de sobrevivientes señalando que se cumplen los requisitos establecidos para que la asignación sea reconocida, por lo que debe aplicarse el decreto en mención y reconocer la asignación en los términos allí contenidos y de conformidad con las reglas establecidas por el Consejo de Estado para la materia.

⁴ Folio 3 del expediente.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 11 de marzo de 2015⁵; la cual fue admitida mediante auto de fecha 11 de junio del año 2015⁶.
2. Dentro del término de traslado⁷ la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional mediante apoderado judicial, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.
3. El 19 de abril de 2016, se realizó audiencia inicial⁸ en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la etapa probatoria, momento en el cual se reconocen como pruebas los documentos aportados con la demanda y se decretaron documentales de oficio.
4. El 27 de mayo de 2016 se realizó audiencia de pruebas⁹, en la cual se declaró precluida esta etapa procesal; posteriormente se ordenó la presentación de alegatos por escrito en cumplimiento de las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰.
5. Dentro del término concedido para alegar de conclusión, la parte actora se pronunció al respecto, señalando que a sus poderdantes les asiste el derecho a que se les reconozca la asignación de sobrevivientes¹¹. Por lo anterior, el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia¹².

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó que a los demandantes no les asiste derecho al reconocimiento de la asignación de retiro por cuanto fueron beneficiarios de la compensación por muerte y cesantías definitivas, pues así lo establece el Decreto 2728 de 1968.

Aclaró que para el momento del deceso del causante, la norma aplicable era el decreto en mención, del que se colige que solamente se podrían reconocer los beneficios adquiridos por los demandantes sin que dentro de dicha norma se señalara la asignación de

⁵ Folio 46 del expediente

⁶ Folios 48-50 del expediente

⁷ Según constancia secretarial visible a folio 56 del expediente el término de traslado de la demanda venció el 08 de febrero de 2016.

⁸ Folios 150-153 del expediente.

⁹ Folios 157-158 del expediente.

¹⁰ Inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia.

¹¹ Folios 160-163 del expediente.

¹² Folio 165 del expediente.

sobrevivientes, pues el causante no había cumplido más de 12 años de servicio.

Solicita que en caso de que se accedan a las pretensiones de la demanda, se descuenta lo que por concepto de compensación y cesantías fue pagado a los demandantes y se aplique la prescripción cuatrienal de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. De la parte demandante: El apoderado de la parte actora se ratifica en lo expresado en el líbello introductorio, señalando que a los demandantes les asiste derecho a que les sea reconocida, liquidada y pagada su asignación de sobrevivientes. Solicita se acceda en su totalidad a las pretensiones. Sustenta su tesis en jurisprudencia reseñada del Consejo de Estado.

2. De la parte demandada: La entidad accionada no alegó de conclusión en el proceso de la referencia.

3. Del Ministerio Público: Este extremo procesal guardó silencio en esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, se extrae que el problema jurídico en el *sub-lite*, consiste en determinar si los señores MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ y JULIO ROBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ tienen derecho a que se les reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiarios del Cabo Tercero (P) MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990.

5.2. Análisis del Asunto.

Con fundamento en el problema jurídico señalado, y teniendo en cuenta que en el sub-lite se pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, se procede a abordar el asunto que ocupa la atención del Despacho en esta oportunidad, en el siguiente orden: i) Desarrollo constitucional y legal de la pensión de sobrevivientes en las fuerzas militares; ii) Desarrollo Jurisprudencial de la Aplicación del Principio de Favorabilidad en la Pensión de sobrevivientes de la Fuerza Pública; (iii) Del caso concreto.

5.2.1. Desarrollo constitucional y legal de la pensión de sobrevivientes en las Fuerzas Militares.

La previsión normativa de la pensión de sobrevivientes ha sido destacada en incontables oportunidades por la honorable Corte

EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2015-00060-00
ACTOR: MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Constitucional, bajo el concepto de que tiene íntima relación con los derechos fundamentales de una categoría especialmente vulnerable de personas, que se instituye bajo la consideración de que son aquellas que deben soportar las cargas económicas derivadas de la muerte de un pensionado o trabajador de quien dependían para su sustento¹³.

Dentro de este contexto, la honorable Corte Constitucional ha explicado que el objeto de dicha pensión es proteger a la familia, puesto que a través de ella se garantiza a los beneficiarios, *"quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante- el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento"* del pensionado o trabajador; en tal sentido, se ha precisado que *"la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado, que al desconocerse puede significar... en una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"*¹⁴.

De la misma manera, se ha resaltado que la pensión de sobrevivientes provee el soporte material necesario para la satisfacción del mínimo vital de sus beneficiarios; lo que sucede, entre varias hipótesis, cuando el peticionario es una persona de avanzada edad o no tiene capacidad económica, distinta a la derivada del pago de la mesada pensional, para financiar su propia subsistencia en condiciones dignas.

De hecho entonces, está claro que *"el pago de la mesada pensional constituye el medio indispensable para la satisfacción del mínimo vital del interesado, y a través suyo, de sus demás derechos fundamentales, cuya materialización presupone la existencia de condiciones materiales mínimas que permiten a la persona vivir con dignidad"*¹⁵.

Ahora bien, respecto del régimen aplicable a los miembros de las fuerzas militares, debe señalarse preliminarmente que no es el contemplado en la Ley 100 de 1993, ya que dicha preceptiva, en el artículo 279, señala expresamente que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Lo anterior guarda consonancia con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la Carta Política, en los cuales establece que corresponde al legislador determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, que encuentra su justificación en el riesgo latente que representa el ejercicio propio de la función pública que prestan.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-1043 de 2012.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1043 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-789 de 2003. Magistrado ponente. Manuel José Cepeda Espinosa

Así las cosas, el régimen especial para las Fuerzas Militares, inicialmente se estructuró a través del Decreto 2728 de 1968. El artículo 8 ibídem respecto del fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las fuerzas militares indica:

"El soldado o grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía.

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

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

Posteriormente, con el fin de ampliar la protección prestacional a los beneficiarios del personal de las fuerzas armadas, en el evento del fallecimiento de un miembro de las fuerzas militares en cumplimiento del deber constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, se expidió el Decreto Ley 1211 de 1990, "por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares" -el cual fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998-, en su artículo 185 dispone:

"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:

(...)

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

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

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

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

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

- Si no 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."

A su turno, el artículo 189 ibídem dispuso:

"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, **será 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.**" (Subrayado y Negrita por Parte del Despacho).

En igual sentido, la disposición fue complementada a través del artículo 5° de la Ley 447 de 1998, el cual establece:

"MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes."

De la lectura de la normatividad reseñada se tiene que el estado debe garantizar el pago de las prestaciones a los beneficiarios del personal de las fuerzas armadas que han fallecido en cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, por así encontrarse regulado en la ley.

De conformidad con la normativa citada se logra extractar que el Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, "*Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*", estableció en su artículo 8º en favor de los soldados en servicio activo, muertos "*por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público*" y sus beneficiarios, varias prestaciones, dejando por fuera de ese marco la pensión de sobrevivientes, en la medida en que únicamente reconoce un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y el pago del auxilio de cesantías en doble proporción.

Contrario sensu, el **Decreto 1211 de 8 de junio de 1990**, por el cual se reformó el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, trajo en su artículo 189 en favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo muertos en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, además del pago de una compensación por muerte, **el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes**, la cual se reconoce dependiendo del tiempo de servicios que haya acumulado.

5.2.2. Desarrollo jurisprudencial de la aplicación del principio de favorabilidad en la pensión de sobrevivientes de la Fuerza Pública.

El principio de favorabilidad que en materia laboral está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

En efecto, al tenor de la preceptiva que ha forjado la Corte Constitucional, el principio opera: (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, "*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones (...)*"¹⁶.

La tesis vigente del Consejo de Estado, apunta hacia la aplicación de este aforismo –principio de favorabilidad–, tal y como se ha reconocido en varios asuntos que guardan estrecha relación con el *sub examine*¹⁷, donde la alta Corporación ha

¹⁶ Cfr. Entre otras, Sentencia T- 1043 de 2012.

¹⁷ En las sentencias proferidas por la Subsección A el 1 de abril de 2004, dentro del expediente radicado con el No. 07001-23-31-000-2001-1619-01 (1994-03), Consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda; por la Subsección B el 30 de octubre de 2008, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-

EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2015-00060-00
ACTOR: MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

inaplicado el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968 y ha ordenado a favor de los beneficiarios del soldado que muere con ocasión de la prestación de sus servicios a las Fuerzas Militares en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes consagrada en el literal d) del canon 189 del Decreto 1211 de 1990, en unos casos, dándole aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el precepto 53 de la Constitución Política y en otros, al artículo 46 de la misma, para garantizar el derecho a la igualdad y la protección del núcleo familiar del soldado.

El alto Tribunal ha sustentado dicha tesis argumentando que en atención a que el Decreto 2728 de 1968 sólo estableció en su canon 8º el ascenso póstumo a Cabo Segundo de los soldados en servicio activo que fallecen por heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, el reconocimiento y pago a favor de sus beneficiarios de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado, y el reconocimiento y pago de doble cesantías, y no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que consagra el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales que fallecen en las mismas circunstancias que los soldados ascendidos póstumamente al mentado grado, resulta injustificado, violatorio del derecho a la igualdad y desconocedor de la estabilidad económica que debe propenderse para el núcleo familiar del soldado que fallece prestando sus servicios al Estado, la aplicación del primer Decreto, pues dicho núcleo familiar con el hecho de la muerte de uno de sus integrantes, además de verse afectado emocionalmente también se ve desprotegido económicamente, en tanto aquél representaba en vida un respaldo económico.

Sin duda, tanto la Corte Constitucional a través de la tesis de la aplicación efectiva del principio de favorabilidad¹⁸, como el propio Consejo de Estado, han dispuesto que nada justifica que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, que fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente. Al Respecto, el máximo tribunal de lo contencioso Administrativo ha expresado:

"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

2000-01274-01(8626-05), Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez; 7 de julio de 2011 dentro del expediente radicado con el No. 7001-23-31-000-2004-00832-01 (2161- 09), Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve y el 2 de agosto de 2012, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-2010), Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 1043 de 2012.

Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que éste les brindaba.

"Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

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

"Sobre este particular, esta Sección en sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 1994-2003. MP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sostuvo que:

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

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

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

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

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

³ ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE: "A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes."

es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

“Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, razón ésta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate¹⁹”

Así las cosas, este Despacho encuentra que se debe garantizar de manera efectiva los valores superiores propios de la Carta Política y, de paso, ofrecer un tratamiento razonable y congruente con el precedente judicial, por lo que debe aplicarse lo preceptuado en el Decreto 1211 de 1990 al caso en concreto.

5.2.3. Del caso concreto.

Atendiendo a los parámetros normativos y jurisprudenciales antes expuestos, el Despacho estudiará si le asiste el derecho reclamado al demandante, realizando las siguientes precisiones:

- Los señores María Elvia Martínez Rodríguez y Julio Roberto Hernández Rodríguez, en efecto son los padres del fallecido MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ²⁰.
- A través de copia del Certificado de Defunción emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se demuestra el fallecimiento de MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ, hecho que se registró el día 10 de julio de 2002²¹.
- Con la copia del informativo administrativo por muerte No. 06 del 10 de julio de 2002, se acredita que el Soldado CARLOS ALBERTO HIDALGO CAMACHO, murió en combate y por acción directa del enemigo²².
- Copia de la Resolución No. 000205 del 10 de marzo de 2003, expedido por el Comandante del Ejército Nacional y mediante la cual se confiere ascenso póstumo a Cabo Tercero a varios soldados, dentro de ellos al extinto MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ²³.
- A través de Resolución No. 27091 del 04 de abril de 2003, expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 7 de julio de 2011. Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09). Actor: Evadías Pérez Villalba. Demandado: Ministerio De Defensa – Ejército Nacional.

²⁰ Registro Civil de Nacimiento visto a folio 92 anverso.

²¹ Registro Civil de Defunción visto a folio 92 del expediente.

²² Folio 96 del expediente.

²³ Folios 100 anverso y 101 del expediente.

Nacional, se le reconoció y ordenó el pago de compensación por muerte y cesantía definitiva a los demandantes²⁴

- A través de escrito radicado el 01 de abril de 2014, el apoderado de los demandantes solicita ante la entidad demandada el reconocimiento de la asignación de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 1211 de 1990²⁵.
- Con la Resolución 2841 del 11 de junio de 2014 (acto demandado), expedido por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, se niega la pensión de sobrevivientes solicitada por los señores María Elvia Martínez Rodríguez y Julio Roberto Hernández Rodríguez, en calidad de beneficiarios del extinto Cabo Tercero (P) MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ²⁶.

La discusión para el caso bajo estudio radica en la determinación precisa del régimen aplicable para quien alega ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de un miembro de la Fuerza Pública que muere en combate, pues a simple vista aparecen dos normas que regulan la materia, así: el Decreto 2728 de 1968, que no consagra la pensión de sobrevivientes; y, de otro lado, el contemplado a través del Decreto 1211 de 1990, el cual ofrece una protección mucho más amplia, al consagrar la pensión de sobrevivientes para eventos como el debatido.

En consonancia con lo anterior, tiene claro el Despacho que en efecto el Soldado MIGUEL ANGEL HERNANDEZ MARTINEZ, como se refiere en el líbello introductorio, perdió su vida dentro de la prestación del servicio militar el día 10 de julio de 2002, por la acción directa del enemigo, es decir el suceso ocurrió en combate. Adicionalmente, está demostrado que los señores María Elvia Martínez Rodríguez y Julio Roberto Hernández Rodríguez son los únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes pretendida.

La síntesis de la discusión se contrae al hecho de que una vez fue solicitada la pensión de sobrevivientes por parte de los señores María Elvia Martínez Rodríguez y Julio Roberto Hernández Rodríguez, el Ejército Nacional la negó a través del acto demandado bajo el argumento de que el Decreto 2728 de 1968, norma que estima aplicable al caso, no consagra dicha prestación.

Sin embargo, debe quedar claro que el Decreto 1211 de 1990 resulta ser la disposición aplicable al *sub lite*, en la medida en que también estaba vigente en el momento de la ocurrencia del suceso que enmarca la reclamación que se eleva a través de este juicio de control contencioso, lo que habilita, como viene siendo explicado, para dar aplicación a los principios de igualdad y de favorabilidad, conforme a los preceptos contenidos en los artículos 13 y 53 de la Carta Política,

²⁴ Folio 106 del expediente.

²⁵ Folios 20-33 del expediente.

²⁶ Folios 15-19 del expediente.

fórmula que, debe señalarse una vez más, garantiza la vigencia material de los valores que inspiran el modelo político y que se consagran como garantías de indemnidad frente a cualquier antinomia, como en el presente evento, caso en el cual debe privilegiarse en atención a esos apotegmas universales, la interpretación más favorable al trabajador.

5.2.4. Prescripción.

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada así:

Es importante recordar que si bien el derecho a la pensión de jubilación y la asignación de retiro es imprescriptible, pero igualmente es cierto, que las mesadas pensionales no se hallan amparadas por esa imprescriptibilidad que se predica de los derechos a la pensión y/o a la asignación de retiro, más por el contrario se subsumen en el régimen prescriptivo que para el caso contiene el art. 174 del Decreto 1211 de 1990, y que de conformidad con la sentencia del H. Consejo de Estado- Sección Segunda, No. 0628-081, del 4 de septiembre de 2008, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el término de prescripción para las mesadas de asignación de retiro, es de **CUATRO (4) AÑOS**, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, destacando que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Para el caso sub lite, tenemos que la reclamación sobre el asunto se presentó el 01 de abril de 2014²⁷, petición que fue resuelta mediante Resolución 2841 del 11 de Junio de 2014, y la demanda fue presentada el 11 de marzo de 2015²⁸, por lo tanto la interrupción de la prescripción operó desde la presentación de la petición. Por lo anterior, la fecha que ha de tenerse para tales efectos es la de la presentación de la solicitud en sede administrativa, por lo que las mesadas anteriores al **01 de abril de 2010** si se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Lo anterior no implica que el derecho que aquí se reconoce a los accionantes para que su pensión de sobrevivientes sea reconocida haya prescrito, pues cabe recordar que ese derecho es imprescriptible. Lo que se precisa es que el reconocimiento se aplique mes a mes y año a año para efectuar el reconocimiento real que es, trayendo de esa manera a valor presente, las mesadas de los demandantes, sin que ello signifique que las mesadas anteriores al **01 de abril de 2010**, no hayan prescrito, pues como antes se anotó ellas si son objeto del fenómeno prescriptivo.

En estas condiciones se declara la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, formulada por la apoderada de la parte demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Lo anterior, sin

²⁷ Folio 20 del expediente.
²⁸ Folio 46 del expediente

perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de causación del derecho.

5.2.5. De la solicitud de descuento de las sumas reconocidas por concepto de indemnización y cesantías definitivas.

Finalmente, la entidad demandada solicitó que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, se descuenten los valores reconocidos a los demandantes por concepto de indemnización por muerte.

Frente al punto, el Consejo de Estado²⁹ ha dicho que el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y las cesantías, **no son incompatibles con la pensión de sobrevivientes**, por cuanto el derecho a recibir las dos primeras se causa con el hecho del fallecimiento, independientemente de que haya lugar al reconocimiento de la pensión. Veamos:

"En esas condiciones, el hecho de que para efectos de reconocer la pensión de sobreviviente se acuda a las previsiones del Régimen General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, no es impedimento para reconocer las demás prestaciones que por el deceso del miembro de la Fuerza Pública se causan, pues lo que se está haciendo es reemplazar la pensión del Decreto 1213 de 1990 por la establecida en la Ley 100 de 1993.

*"Por lo anterior, **la Sala no encuentra justificada la obligación impuesta de restituir las sumas pagadas por concepto de indemnización por muerte del causante, máxime cuando la indemnización objeto de discusión, fue reconocida mediante un acto administrativo, Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y por ende conserva plena validez**" (subrayado y negrita fuera de texto)*

Y aún con más actualidad, en sentencia del 13 de febrero de 2013³⁰, ratificó:

"Finalmente, la Sala no comparte la argumentación de la entidad demandada en el recurso de apelación, en cuanto solicita que sobre las mesadas pensionales reconocidas a la demandante le sea descontada la suma efectivamente pagada por concepto de indemnización, causada por la muerte de su cónyuge, toda vez que la pensión que se le reconoce a la demandante no resulta ser una prestación extraña al régimen especial previstos para los Agentes de la Policía Nacional como se observa en el literal c del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990. En efecto, de la lectura del referido artículo resulta claro que el legislador extraordinario estableció a

²⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Consejero ponente Alfonso Vargas Rincón. Expediente No. 17001-23-31-000-2006-01111-01. Actor: María Libia Cárdenas Otálvaro.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección B. Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 05001-23-31-000-2008-01384-01(0998-12). Actor: Donnelly Caro Úsuga. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2015-00060-00

ACTOR: MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ Y OTRO

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

favor de los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional muertos en actividad simple "las siguientes prestaciones": compensación equivalente a dos años de haberes; al pago de cesantías y el reconocimiento y pago de una pensión mensual siempre que se acrediten los requisitos previstos.

"Así las cosas, de la disposición en cita no resulta evidente una incompatibilidad en el reconocimiento y pago de las prestaciones referidas lo anterior, adicionalmente, porque cada una de ellas responde a una naturaleza distinta, esto es, mientras la compensación de 2 años, prevista en el literal a, del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, tiene un carácter eminentemente indemnizatorio la pensión de sobreviviente constituye una respuesta de naturaleza asistencial³¹ a las contingencias derivadas de la muerte del beneficiario, respecto a sus beneficiarios."

Queda claro entonces que, como quiera que la indemnización por muerte y la pensión de sobrevivientes obedecen a una naturaleza distinta, el reconocimiento y pago de las mismas no resulta incompatible, pues mientras la primera tiene un carácter meramente indemnizatorio, la segunda tiene un carácter asistencial dirigido a dar respuesta a las situaciones que se deriven de la muerte del beneficiario.

Por otra parte, como quiera que la Resolución No. 27091 del 04 de abril de 2003, expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, que reconoció y ordenó el pago de compensación por muerte y cesantía definitiva a los demandantes, no ha sido revocada ni declarada nula ante esta jurisdicción, se presume de la misma su validez y legalidad, por lo que no se encuentra justificada la obligación de restituir las sumas pagadas por dichos conceptos.

Sumado a lo anterior, la misma normatividad que viene aplicándose señala que no hay lugar a efectuar descuentos por dicho concepto, ello, en cuanto el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 189 no establece que deban hacerse dichas devoluciones, por lo que se torna improcedente la petición que en subsidio elevó la apoderada de la parte demandada.

5.2.6. Conclusiones:

De conformidad con lo expuesto, procederá el Despacho a declarar la **Nulidad de la Resolución No. 2841 del 11 de Junio de 2014**, suscrita por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, a través de la cual se *niega el reconocimiento de la asignación de sobrevivientes de los demandantes.*

A título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar la asignación de sobrevivientes de los actores **en las mesadas a que tenga derecho**, aplicando el régimen dispuesto en los artículos 185 y 189

³¹ Ver sentencia de la Corte Constitucional T-231 de 31 de marzo de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

del Decreto 1211 de 1990. En este orden de ideas, la pensión de los demandantes deberá reconocerse y liquidarse **a partir del 10 de julio de 2002.**

Por lo anterior, el pago de la misma debe realizarse con efectos fiscales **desde el 1º de abril de 2010**; ya que como se señaló, en el presente caso operó el fenómeno de la Prescripción. Excepción parcial que será declarada, sin perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de la causación del derecho.

5.2.7. Reajuste de la condena

Las sumas que resulten a favor de los demandantes se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH = X \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Lo anterior, como quiera que una vez determinada la procedencia de las pretensiones, el Despacho encuentra procedente ordenar la indexación o ajuste de condena, cuyo fundamento jurídico, se encuentra en el artículo 187 del C.P.A.C.A., al tenor del cual para decretar tal ajuste, se debe tomar como base el índice de precios al consumidor.

5.2.8. Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso³² en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, sin embargo se observa que la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada prosperó parcialmente. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P., norma que dispone que en

³² Disposición aplicable a partir de la fecha conforme lo dispuso la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, de fecha 25 de junio de 2014, siendo C.P. Enrique Gil Botero, en el expediente: 2012-00395-01 (IJ), que interpretó el Acuerdo PSAA13-10073 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá **abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial**; y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandada únicamente al pago de agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, correspondientes **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Líquidense.

VI. DECISION.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, propuesta por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, atendiendo a lo motivado *ut supra*.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD de la **Resolución No. 2841 del 11 de Junio de 2014**, suscrita por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, a través de la cual se niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de los señores MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.061.132, y JULIO ROBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.887.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, reconocer y liquidar la asignación de sobrevivientes de de los señores MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.061.132, y JULIO ROBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.887, a partir del **10 de julio de 2002**, aplicando el régimen dispuesto en los artículos 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990.

CUARTO.- Se **ORDENA** a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** a realizar el pago de la asignación de retiro con efectos fiscales desde el **1º de abril de 2010**; ya que como se señaló, en el presente caso operó el fenómeno de la Prescripción.

QUINTO.- Las sumas que resulten a favor de los señores MARIA ELVIA MARTINEZ RODRIGUEZ y JULIO ROBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh = X \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, 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 realizarse el pago -.

SEXTO.- La **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, dará cumplimiento y reconocerá intereses a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- **CONDENAR** a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, al pago de las agencias en derecho que se establecen en la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquidense.

OCTAVO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

ERRP/ARLS