



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUE –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.
Radicación: 73001-33-33-007-2019-00446-00
Asunto: Pensión de Sobreviviente a favor de beneficiarios de Soldado Regular fallecido en Combate o por Acción Directa del Enemigo.

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, el **Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I. COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º de los artículos 155 y 156 de la Ley 1437 de 2011.

II. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora **FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA** ha promovido demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. PRETENSIONES:

La parte demandante en su escrito de demanda, elevó las siguientes pretensiones¹:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad la Resolución No. 5194 del 28 de octubre de 2019 firmado por la señora Directora Administrativa Doctora **KARINA LUCIA DE LA OSSA VIVERO** y la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, Doctora **LINA MARÍA TORRES CAMARGO**, la cual **NEGÓ** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada.

SEGUNDA: Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, el reconocimiento de la pensión vitalicia de sobrevivientes, a favor de la señora **FLORA MARINA VIVEROS VIAFARA**, con retroactividad al día siguiente de la muerte, esto es, 12 de enero de 1997.

¹ Folio 30 y 31 del archivo “001CuadernoPrincipal” ubicado en la carpeta con el mismo nombre, del expediente digital.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** a reconocer y pagar a la parte actora por intermedio de su apoderado, o quien represente sus derechos, la pensión de sobrevivientes vitalicia, estipulada en el artículo 189 literal d) del decreto 1211 de 1990, en los términos de la sentencia de unificación Nro. CE-SUJ-SII-013-2018, del 4 de octubre del año 2018, y que el salario base de la liquidación sea equivalente al 50% de las partidas que trata el artículo 158, con los aumentos que hubieren decretado debidamente indexados.

CUARTA: La condena respectiva será actualizada, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A aplicando los ajustes del valor (indexación) hasta la fecha de ejecutoria que ponga fin al proceso.

QUINTA: Se condene a la entidad demandada en costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., por tratarse de un interés particular.

SEXTA: La nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del [C.P.A.C.A].

SEPTIMA: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.”

2.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS²:

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos relevantes:

PRIMERO: El señor **BILMER RIVAS VIVEROS**, (q.e.p.d) identificado con el código militar número 16832840, había sido incorporado legalmente en el Ejército Nacional como Soldado Regular (SLR) el 22 de mayo de 1996, prestando sus servicios hasta el día de su muerte, 12 de enero de 1997 (...)

SEGUNDO: El soldado regular (SLR) **BILMER RIVAS VIVEROS**, pertenecía al Batallón de Infantería No. 17 “Gr. Domingo Caicedo” acantonado en el municipio de Chaparral, departamento de Tolima, **ÚLTIMO LUGAR DONDE PRESTÓ SUS SERVICIOS (...)**

TERCERO: Con motivo del deceso del soldado regular (SRL) **BILMER RIVAS VIVEROS**, el Ejército Nacional adelantó una investigación administrativa interna, denominada Informativo Administrativo por muerte No. 011 siendo calificada la misma de acuerdo al art. 8 del Decreto 2728/68, como **MUERTE POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO (...)**

CUARTO: Como consecuencia a la calificación de su muerte, como en **ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO**, el señor soldado regular (SRL) **BILMER RIVAS VIVEROS**, fue Ascendido Póstumamente por el Ejército Nacional, al Grado de Cabo Segundo mediante Resolución No. 00220 de 1997. (...)

QUINTO: A la fecha de retiro por defunción, el militar fallecido, era soltero, y no tenía hijos. La señora **FLORA MARINA VIVEROS VIAFARA** es su madre, tal y como consta en el registro civil de nacimiento visible a folio 38. El señor **TANCLERY RIVAS**, es su señor padre, quien falleció el día 20 de octubre de 2012 como puede observar en el Registro Civil de Defunción No. 07434327 (...)

SEXTO: La señora **FLORA MARINA VIVEROS VIAFARA**, actuando el suscrito como apoderado, solicitó ante la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el día 24 de septiembre de 2019 (...)

SÉPTIMO. El Ministerio de Defensa a través de la Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales, contestó el derecho de petición pensional, mediante la Resolución No. 5194 del 28 de octubre de 2019 (...) **NEGANDO** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada (...)

² Folio 28 y 29 del archivo “001CuadernoPrincipal” ubicado en la carpeta con el mismo nombre, del expediente digital.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2019³ y admitida el día 13 de diciembre de 2019⁴; surtida la notificación a la entidad demandada; **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, se advierte que dicha entidad guardó silencio⁵.

Mediante auto de fecha 29 de enero de 2021⁶, el Despacho advirtió que en el *sub lite* era viable proferir sentencia anticipada, conforme lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, por lo que procedió a incorporar al expediente las pruebas documentales allegadas por el extremo accionante y se solicitó al Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, remitir el expediente administrativo y prestacional del extinto Soldado Regular **BILMER RIVAS VIVEROS**.

Posteriormente, a través de proveído del 14 de mayo de 2021⁷ se ordenó la integración de la litis, vinculando al señor **TANCLERY RIVAS**, por ostentar la calidad de padre del causante y haber recibido junto con la actora las prestaciones derivadas del fallecimiento del soldado regular del ejército nacional, razón por la cual se ordenó adicionar el auto admisorio vinculando al señor Tanclery Rivas, por lo que se suspendió la actuación hasta tanto se surtiera su notificación.

Aportado el expediente administrativo, mediante de auto de fecha 05 de noviembre de 2021⁸ se incorporó a la actuación y de su contenido, se corrió traslado a las partes por el término de tres días y se previó que en firme la decisión, corría término para presentar alegatos de conclusión.

Más adelante, por medio de auto de fecha 11 de febrero de 2022⁹ dispuso dejar sin efectos los numerales primero a cuarto del auto del 14 de mayo de 2021, al señalarse que improcedente resultaba integrar el extremo pasivo de la litis con el señor Tanclery Rivas, en la medida en que al expediente fue aportado registro civil de defunción del vinculado. Así mismo, se indicó se tendrían en cuenta los escritos de alegaciones de conclusión allegados por los extremos.

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.1.1. DEMANDADA: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.¹⁰

La apoderada sustituta de la entidad demandada sostuvo que la normatividad aplicable a las Fuerzas Militares no desconoce el derecho a la igualdad, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 217 inciso 3 de la Constitución Política, se prevé un régimen especial para las fuerzas armadas, el cual resulta más beneficioso que el régimen general de pensiones.

Trae a colación aparte de la Sentencia T-348 de 1997, para señalar que no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, y que al mismo tiempo pretenda se le extienda todos los aspectos puntuales que en la regulación general sea mas beneficiosa.

Precisa que el informativo administrativo por muerte No. 011 de 1997, catalogó la muerte del Soldado BILMER RIVAS RIVERO como “ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO”, por lo tanto, el estatuto especial aplicable para el caso en concreto, es el Decreto 2728 de 1968 el cual dispone el reconocimiento de prerrogativas a favor de los beneficiarios del soldado fallecido, pero no consagra el derecho de pensión de sobrevivientes en caso de muerte por acción directa del enemigo.

³ Folio 2 del archivo “001CuadernoPrincipal” ubicado en la carpeta con el mismo nombre, del expediente digital.

⁴ Folios 47 al 50 ibídem.

⁵ Archivo “003VencimientoTrasladoArt172CorreTrasladoArt173” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁶ Archivo “014AutoRequiereAntecedentesAdministrativosSentenciaAnticipada” ibídem.

⁷ Archivo “021AutoDecideVincularPadreSoldado” ibídem.

⁸ Archivo “025AutoIncorporaPruebaTrasladoAlegar” ibídem.

⁹ Archivo “034AutoDejaSinEfectoVinculacionOrdenaContinuar” ibídem.

¹⁰ Archivo “027EscritoAlegacionesMindefensa” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

Al respecto, expone que no es viable la aplicación del Decreto 1211 de 1990 para el presente caso, toda vez que dicha disposición opera frente al personal Oficial y Suboficial de la fuerza pública; connotaciones que no ostentaba el causante, quien fungía como Soldado Regular.

Aduce que la normatividad vigente para el momento de los hechos, no contempló la posibilidad de pensión de sobrevivientes cuando la muerte ocurra en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, entendiéndose que el ascenso realizado póstumamente obedeció a un homenaje a su entrega a la institución, no implicando el acceso a derechos de carácter prestacional.

Indica que, de conformidad con la normatividad aplicable, y según consta en Resolución No. 5194 de 28 de octubre de 2019, la Entidad demandada cumplió con todas las obligaciones a su cargo y canceló a los beneficiarios legales del fallecido, las prestaciones que prevé el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

Así mismo, refiere que el expediente adolece de prueba alguna que demuestre la dependencia total o absoluta de la parte actora, respecto del señor Bilmer Rivas Viveros.

De otra parte, trae a colación la presunción de legalidad de los actos administrativos, señalando que al ser la expresión de la voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, corresponde a quien lo cuestione, probar que se encuentra viciado de ilegalidad, entre tanto goza de plena ejecutoriedad.

Finalmente, solicitó eximir de responsabilidad administrativa al Ejército Nacional, frente a los cargos elevados por el extremo accionante.

3.1.2. DEMANDANTE: FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA¹¹.

El apoderado judicial de la parte demandante, esboza que el acto administrativo acusado viola el principio constitucional de igualdad y favorabilidad, además de constituir un desacato al precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, No. SU-CE-SUJ-SII-013-2018 de fecha 04 de octubre de 2018, en la que se decidió, acorde a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, ordenar al Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento pensional y prestaciones sociales para los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate, de acuerdo a su grado póstumo, tal como ocurre en el presente asunto.

Lo anterior, sin que haya lugar a que los beneficios realicen la devolución de los dineros que fueron cancelados como compensación, toda vez que hacen parte de las prestaciones sociales que contempla el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, aunado a lo dispuesto en la citada sentencia de unificación, en la que se refirió que estos coexisten y son compatibles con la pensión de sobrevivientes que se reconoció vía judicial.

En relación a la presunción de legalidad del acto acusado, según expone la entidad demandada, manifiesta que no es cierta dicha afirmación, pues el contrario, el mismo es ilegal y violatorio de la constitución política, en lo que concierne a los principios de igualdad y favorabilidad previstos en su artículo 53. Al respecto, sostiene que no puede pretenderse confundirse al fallador con la interpretación de las leyes en el tiempo, pues una cosa es la normatividad que rige las prestaciones sociales de los militares al momento de la muerte, en su régimen especial, y otra es la que hoy prevalece, donde en casos similares al presente, la jurisprudencia del Consejo de Estado y demás Tribunales Administrativos del país, han manifestado la obligación del Ministerio de Defensa Nacional, en reconocer la prestación aquí reclamada a los beneficios de los soldados profesionales fallecidos en las mismas circunstancias que los Oficiales o Suboficiales, en atención a los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad.

¹¹ Archivo "029EscritoAlegacionesParteDemandante" ubicado en la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

En lo que concierne a la prescripción cuatrienal, alude que el pago de las mesadas pensionales reclamadas debe efectuarse desde el 24 de septiembre de 2015, en la medida en que el reclamo de dicha prestación se realizó el 24 de septiembre de 2019.

Finalmente, afirma ratificarse en las pretensiones de la demanda, en aplicación al precedente jurisprudencial del H. Concejo de Estado y Tribunal Administrativo del Tolima, a fin que se profiera por parte de este Despacho, sentencia favorable a lo solicitado, pues es obligación de la entidad demandada, reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del soldado fallecido en combate, que es ascendido al escalafón de suboficiales de manera póstuma, teniendo como norma aplicable, el Decreto 1211 de 1990, artículo 189, literales a, b, c y d.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes...

IV. CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A. y de lo C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, se procede a decidir el presente asunto.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho, determinar si la señora **FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA**, en calidad de madre del Cabo Segundo (Póstumo) **BILMER RIVAS VIVEROS**, tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, de una pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que su hijo falleció siendo soldado regular y como consecuencia de la acción del enemigo.

4.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Resolución No. 5194 del 28 de octubre de 2019, por medio de la cual la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, negó la solicitud de pensión de sobrevivientes incoada por la señora Flora Marina Viveros Viáfara.

4.3. ANÁLISIS SUSTANTIVO

4.3.1. DE LA NATURALEZA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

La pensión de sobrevivientes ha sido instituida por el legislador a fin de brindar protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, pues con esta se pretende evitar "que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección¹²"y, por tanto, busca que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido.

Respecto de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, indicó que en desarrollo de los principios de justicia retributiva y de equidad, "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida

¹² Sentencia T-701 del 22 de agosto de 2006

del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

4.3.2. DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LOS SOLDADOS REGULARES DEL EJÉRCITO NACIONAL.

De manera general, el marco legal del régimen prestacional por muerte en combate de miembros de las Fuerzas Militares, se establece así: (i) en un primer momento diferenció entre soldados voluntarios y personal con la calidad de oficiales y suboficiales, y (ii) que con el trasegar del tiempo han cambiado las prestaciones específicas a reconocer y pagar con cargo al tesoro de la Nación tras el acontecimiento de esta contingencia.

En el año 1968, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias a él conferidas por la Ley 65 de 1967, profirió 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"*; decreto que al tenor de su artículo 8 dispuso, entre otros, que el soldado voluntario que fallezca en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público, será ascendido de forma póstuma al grado de cabo segundo y sus beneficiarios tendrán derecho a una compensación por muerte y el pago doble de las cesantías definitivas del causante.

A su turno, el Decreto 095 del 11 de enero de 1989¹³ previó en su artículo 184 las prestaciones para los oficiales o suboficiales y sus beneficiarios derivadas de la muerte en combate, en los siguientes términos:

"Artículo 184. 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 153 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, su cónyuge e hijos 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 153 de este Decreto. Esta prestación se pagará la mitad al cónyuge y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley."

A su vez, en lo que respecta a las partidas computables para la citada prestación, el artículo 153 del Decreto 095 de 1989 prevé los siguientes:

"Artículo 153. LIQUIDACION PRESTACIONES. *Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:*

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre:

¹³ "Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto.
- Doceava parte de la prima de navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar.

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en esta Estatuto.
- Doceava parte de la prima de navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto. -Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este Estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”

Posteriormente, el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 189¹⁴ estableció que a la muerte de un Oficial y/o Suboficial de las Fuerzas Militares, en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o del mantenimiento del orden público (es decir, en los mismos términos del Decreto 2728 de 1968), será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior y sus beneficiarios tendrán derecho a: (i) una compensación por muerte, (ii) el pago doble de las cesantías por el tiempo de servicio del causante, y (iii) una pensión mensual (pensión de sobrevivientes) cuyo monto varía de acuerdo al tiempo que el causante tuviese de servicio.

Sobre este decreto, merece igual atención el artículo 5, toda vez que en este se establece que el grado cabo segundo corresponde jerárquicamente a un suboficial del Ejército Nacional y por tanto se encuentra sujeto a las obligaciones y derechos de ese estatuto.

Ahora bien, para el caso específico de los soldados regulares quienes prestan el servicio militar obligatorio, hasta el año de 1998, el legislador profirió la Ley 447¹⁵, en la cual se dispuso en su artículo primero que:

"ARTÍCULO 1o. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán

¹⁴ Artículo 189. Muerte en combate. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes con respondientes 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»

¹⁵ Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.

derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.

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

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

Y en su artículo 5°, señaló:

“ARTÍCULO 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.”

Igualmente, estableció en el parágrafo 1 de la referida disposición normativa, que quien vaya a ser beneficiario de la pensión, al momento de serle reconocida, debe tener como edad mínima cincuenta (50) años, pues de no tener esta edad, el acto administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva.

Esta norma, si bien estableció el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado fallecido en la prestación del servicio militar, solo resulta aplicable a aquellas situaciones en que el deceso haya acaecido con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, después del 21 de julio de 1998.

Teniendo en cuenta el referido marco normativo, se evidencia que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, se previó una pensión a favor de los beneficiarios del concripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la Ley 447 de 1998 consagró la aludida pensión, tan solo para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, como en el caso acá analizado.

4.3.3. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA BENEFICIARIOS DE SOLDADOS REGULARES FALLECIDOS EN COMBATE O COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DEL ENEMIGO.

El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos¹⁶ ha debatido el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de soldados regulares y voluntarios muertos antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que consagraron expresamente tal prestación, resolviendo aplicar el Decreto 1211 de 1990, en aras de materializar el derecho fundamental a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate.

¹⁶ Entre otros, las siguientes:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001- 23-31-000-2002-00672-01(1020-10), Actor: Alicia Usuga Valderrama.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Actora: María Elena Cabal de Valencia.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001- 23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras y radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 540012333000201300166-01 (0642-2015), Actor: Ana Rita Melgarejo

En tal sentido, en Sentencia de Unificación SU-CE-SUJ-SII-013-2018 de fecha 4 de octubre de 2018, Rad. 050012333000201300741-01 (4648-2015), la Sección Segunda del Consejo de Estado se reafirmó en su posición de aplicar el Decreto 1211 de 1990 y fijó reglas en relación con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, en los siguientes términos:

1. Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002[104], 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, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.
2. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.
3. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, 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, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990).

De otra parte, y en lo que concierne a la acreditación de dependencia económica de los beneficiarios frente al causante, el Consejo de Estado señaló en la citada sentencia, que ello no constituye una exigencia incluida en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de prestaciones por muerte en combate; posición que ha venido siendo reiterada por la misma Corporación¹⁷.

En ese orden, precisa el Despacho que si bien en la sentencia de unificación aludida el Consejo de Estado se pronunció respecto de la posibilidad para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate de acceder a una pensión de sobrevivientes inaplicando el Decreto 2728 de 1968, el cual no consagra dicha prestación y tiene en cuenta el Decreto 95 de 1989 o 1211 de 1990 para efectos de reconocer la referida pensión dependiendo la fecha de la muerte, es claro que el Decreto 2728 de 1969 no hacía distinción alguna respecto de soldados voluntarios o regulares, pues dicha norma venía rigiendo a este tipo de personal en virtud del carácter genérico de la expresión “soldados” y en esas condiciones, la remisión a los Decretos 95 de 1989 o 1211 de 1990 por virtud de la inaplicación de la norma referida, es perfectamente aplicable a los soldados regulares que fallecen en combate o por acción directa del enemigo y son ascendidos en forma póstuma, tal como ocurre en el presente caso.

4.4. FONDO DEL ASUNTO.

Dentro del presente proceso reposa el siguiente material probatorio que es relevante para resolver el fondo del asunto:

- 4.4.1.** Registro civil de nacimiento del soldado regular fallecido **BILMER RIVAS VIVEROS**¹⁸, en el que figura como su madre la señora **FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA** y su padre el señor **TANCLERY RIVAS**.

¹⁷ Entre otras, ver Sentencia del 21 de marzo de 2019 con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas, en el expediente con numero de radicación 50001-23-33-000-2013-00417-01 (5023-16).

¹⁸ Folio 22 del archivo “001CuadernoPrincipal” ubicado en la carpeta con el mismo nombre, del expediente digital.

- 4.4.2. Registro de defunción soldado regular fallecido **BILMER RIVAS VIVEROS**¹⁹, en el que se registra como fecha de fallecimiento el 12 de enero de 1997.
- 4.4.3. Informe administrativo No. 011 de fecha 15 de enero de 1997²⁰, expedido por la Unidad Batallón de Infantería No. 17 “General José Domingo Caicedo”, en el que se conceptúa que el soldado regular **BILMER RIVAS RIVEROS** fue dado de baja el día 12 de enero de 1997, y su muerte ocurrió en el servicio en combate, como consecuencia de la acción del enemigo.
- 4.4.4. Liquidación de Servicios de Soldados No. 100 del 21 de marzo de 1997 expedida Ejército Nacional²¹, en el que se registra que el soldado fallecido prestó sus servicios como Soldado Regular desde el 22 de mayo de 1996 al 12 de enero de 1997, es decir, durante siete (07) meses y veintidós (22) días, registrando con estado civil soltero.
- 4.4.5. Oficio No. 20193081912621: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de fecha 10 de octubre de 2019²², a través del cual el Ejército Nacional señala que consultado el Sistema de información de administración de Talento Humano SIATH, registra que el soldado BILMER RIVAS RIVEROS prestó su servicio militar obligatorio en la Institución como Soldado Regular en el Batallón de Infantería No. 17 “Gr. Domingo Caicedo”, ubicado en Chaparral Tolima, desde el 22 de mayo de 1996 hasta el 12 de enero de 1997, mediante Boletín No.13 de fecha 13 de enero de 1997, retirado por la causal “Muerte en Combate o por Acción Directa del Enemigo.”
- 4.4.6. Resolución No. 00220 del 20 de marzo de 1997²³, por medio de la cual el Ejército Nacional ascendió al Soldado BILMER RIVAS RIVEROS en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, con novedad fiscal 12 de enero de 1997.
- 4.4.7. Resolución 08310 del 04 de julio de 1997²⁴, mediante la cual el Ejército Nacional reconoció y ordenó a favor de los padres del soldado fallecido, señores Flora Marina Viveros Viáfara y Tanclery Rivas, la suma de \$20.243.857,50, por concepto de Cesantías Definitivas y Compensación por muerte, correspondiéndole a cada uno el 50% de dicho valor. Lo anterior, con fundamento en los Decretos 1211 de 1990 y 2728 de 1968.
- 4.4.8. Registro de defunción del señor **TANCLERY RIVAS**, en el que se registra como fecha de fallecimiento el 20 de octubre de 2012²⁵.
- 4.4.9. Mediante escrito radicado el 24 de septiembre de 2019 y a través de apoderado judicial, la señora Flora Marina Viveros Viáfara, en calidad de madre del fallecido soldado regular BILMER RIVAS RIVEROS, solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente²⁶.
- 4.4.10. El Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución No. 5194 del 28 de octubre de 2019²⁷, negó la solicitud de pensión de sobrevivientes incoada por la señora Flora Marina Viveros Viáfara.

Conforme a lo anterior, y atendiendo al desarrollo jurisprudencial y las reglas fijadas por la Sección Segunda en la Sentencia de Unificación SU-CE-SUJ-SII-013-2018, no queda duda de que en el sub lite resulta aplicable el Decreto 1211 de 1990, y, por ende, la demandante, en condición de beneficiaria (madre) del soldado Regular BILMER RIVAS RIVEROS, puede beneficiarse del régimen

¹⁹ Folio 21 ibídem.

²⁰ Folio 15 ibídem.

²¹ Folio 16 ibídem.

²² Folio 27 ibídem.

²³ Folio 18 del archivo “001CuadernoPrincipal” ubicado en la carpeta con el mismo nombre, del expediente digital.

²⁴ Folio 19 y 20 ibídem.

²⁵ Folio 23 ibídem.

²⁶ Folio 6 y 7 ibídem.

²⁷ Folio 8 al 10 ibídem.

de prestaciones allí contenido, por ser la norma especial vigente a la fecha de fallecimiento del Soldado y la que regula de manera particular el supuesto de hecho a que esta se refiere.

Por consiguiente, como se determinó la sentencia de unificación SU-CE-SUJ-SII-013-2018, en virtud de los principios de especialidad, protectorio, *pro homine*, justicia e igualdad que encausan el derecho laboral, es procedente inaplicar el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, en cuanto no señala el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos como consecuencia de la acción del enemigo, para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, el cual reconoce la citada prestación pensional a favor de los familiares de los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares muertos en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, de conformidad con el orden de beneficiarios previsto en el artículo 185 del referido estatuto, según el cual:

“ARTÍCULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. *Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

a. *La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.*

b. *Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.*

c. *Si no hubiere hijos la prestación se divide así:*

- *El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.*

- *El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.*

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

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

(...).

Considerando que la demandante acreditó el parentesco del cual es posible predicar que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo BILMER RIVAS RIVEROS, al tenor del literal d, artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, concluye el Despacho que en el presente asunto la demandante tiene el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes reclamada en calidad de madre del Cabo Segundo Póstumo BILMER RIVAS RIVEROS, conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, es decir, el cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem, teniendo en cuenta que el periodo laborado por el causante fue de siete (07) meses y veintidós (22) días, es decir, inferior a los doce 12 años de servicio.

Al respecto, se precisa que en el expediente no obra prueba ni discusión entre las partes, sobre la existencia de otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivencia solicitada y en lo que concierne a la acreditación de dependencia económica que cuestiona la entidad demandada, se entrevé que no hay lugar a que la parte demandante acredite la misma, pues el Consejo de Estado²⁸ ha manifestado en múltiples oportunidades que la dependencia económica no se constituye en una exigencia incluida en el Decreto 1211 de 1990, para el reconocimiento de prestaciones por muerte en combate.

²⁸ Entre otras, ver Sentencia del 21 de marzo de 2019 con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas, en el expediente con numero de radicación 50001-23-33-000-2013-00417-01 (5023-16).

Dicho lo anterior, deviene del caso acotar que, en el presente asunto no hay lugar a que la Entidad demandante efectúe descuento alguno por concepto de cesantías definitivas dobles y compensación reconocidas a la parte actora mediante Resolución 08310 del 04 de julio de 1997; pues tal como se estableció en la Sentencia de Unificación SU-CE-SUJ-SII-013-2018, no existe incompatibilidad entre las prestaciones por muerte en combate que prevé el Decreto 2728 de 1968 y las prestaciones que dispone el Decreto 1211 de 1990, pues por el contrario, se presenta identidad entre aquellas.

- De la prescripción.

Atendiendo a lo previsto en la citada sentencia de unificación, al hacerse extensivo el régimen previsto en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento pensional, se debe tener en cuenta el artículo 174 de este mismo estatuto, aplicando el término de prescripción cuatrienal.

En el presente caso, teniendo en cuenta que el derecho pretendido se causó el 12 de enero de 1997; fecha en que se produjo la muerte del Cabo Segundo (Póstumo) Bilmer Rivas Riveros y la petición de reconocimiento pensional fue radicada el 24 de septiembre de 2019, es claro que se configuró la prescripción y en esas condiciones las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de septiembre de 2015 se encuentran prescritas y por ende el reconocimiento deberá efectuarse desde esta última fecha.

Conforme a lo anterior, este Juzgado procederá a INAPLICAR por vía de excepción de inconstitucionalidad (artículo 4 Constitución Política) para el caso en concreto, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, en cuanto no dispone el reconocimiento de la pensión aquí reclamada. En consecuencia, declarará la nulidad del acto demandado, para en su lugar, disponer el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA, en su calidad de madre del Cabo Segundo (Póstumo) BILMER RIVAS RIVEROS, conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, quien falleció siendo soldado regular y como consecuencia de la acción del enemigo, ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo; prestación equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem, efectiva a partir del 12 de enero de 1997; fecha de la muerte del causante, pero con efectos fiscales a partir del 24 de septiembre de 2015, por aplicación de la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales, conforme al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que la solicitud de pensión de sobreviviente fue radicada ante la entidad demandada, el 24 de septiembre de 2019.

DE LA CONDENACIÓN EN COSTAS.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a lo anterior y atendiendo a que este último cuerpo normativo fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Es así como, el artículo 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL ha resultado como parte vencida, es ajustado a derecho aplicar este criterio y, en consecuencia, procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo cuya cuantía fue estimada por la parte actora en la suma de \$40.027.058, se fijan como Agencias en Derecho a favor de la parte demandante, el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda, conforme a lo preceptuado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR por vía de excepción de inconstitucionalidad (artículo 4 Constitución Política) para el caso en concreto, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la Nulidad del acto administrativo Resolución No. 5194 del 28 de octubre de 2019, por medio del cual la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, negó la solicitud de pensión de sobrevivientes incoada por la señora Flora Marina Viveros Viáfara, por las razones esgrimidas en este proveído.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora **FLORA MARINA VIVEROS VIÁFARA**, conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, es decir, en cuantía equivalente al 50% de las partidas computables en el artículo 158 ibídem, efectiva a partir del 12 de enero de 1997, pero con efectos fiscales a partir del 24 de septiembre de 2015, en aplicación a la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales, como se explicó en precedencia.

CUARTO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción cuatrienal con relación a las mesadas causadas con anterioridad al 25 de septiembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

QUINTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse igualmente los intereses a que haya lugar, conforme lo establecido en el artículo 192 del mismo estatuto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la parte demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, el equivalente al 4% de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previa comunicación a la entidad demandada de la sentencia para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


OSCAR GIOVANNY POLANIA LOZANO
JUEZ

Firmado Por:

Oscar Giovanni Polania Lozano
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d8284217b50ce051f22b8d547d1579b6a83efed73c9de579869a6997a46d9306**

Documento generado en 26/05/2023 03:45:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>