Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué (Tolima), treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN:	73001-33-33-011-**2019-00411**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ELDER DAVID BAUTISTA PARRA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
TEMA:	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

I. ASUNTO

Surtido el trámite legal correspondiente, y no observándose causal de nulidad que pueda afectar la actuación, procede el Despacho de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Elder David Bautista Parra** en contra de **La Nación- Ministerio De Defensa-Ejercito Nacional,** proceso radicado bajo el Nº. **73001-33-33-011-2019-00411-00.**

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones[1]

En resumen, las pretensiones de la demanda son las siguientes:

> *"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4582 del 25 de septiembre del 2019, firmado por la Doctora KARINA LUCIA DE LA OSSA VIVERO, Directora Administrativa (E) y la Doctora LINA MARIA TORRES CAMARGO, Coordinadora*

[1] Folio 9 del documento 01 del Cuaderno Principal del Expediente Digital.

Grupo Prestaciones Sociales, la cual NEGÓ el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada.

SEGUNDO: 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 del joven ELDER DAVID BAUTISTA PARRA, con retroactividad al día siguiente de la muerte, esto es, 30 de agosto de 2001, en virtud de que los derechos de los menores de edad están amparados por las figuras jurídicas de la SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, en cumplimiento al inciso segundo del artículo 2530, del código civil, modificado por el artículo 3 de la ley 791 del 2002, y de reiterada jurisprudencia de las altas cortes, donde se preceptúa que se suspende la prescripción ordinaria a favor de los menores, incapaces y en general de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, tema que en profundidad se explicará en esta demanda en el acápite número dos (2). Lo anterior por cuanto el aquí demandante al momento del fallecimiento de su padre tenía tan solo dos años y tres meses de edad.

TERCERA: 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 tipificada en el artículo 189 literal d) del decreto 1211 de 1.990, como lo tiene estipulado la sentencia de unificación del Consejo de Estado Nro. CE-SUJ-SII-013-2018, del 4 de octubre del año 2018, aplicable al presente asunto, sin ordenar ningún tipo de devolución, y que el salario base de la liquidación sea equivalente al 50% de las partidas que trata el artículo 158, de este ordenamiento, incluyendo el valor de todos los factores salariales, y los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados, para los demandantes.

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 (indexado) 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.

SÉPTIMA: 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.

1.2. Hechos[2]

Los hechos que se relatan en la demanda se sintetizan así:

1.2.1. El señor José Alirio Bautista Álvarez (q.e.p.d.) sirvió al Ejército Nacional como soldado regular desde el 18 de marzo de 1998 y el 1º de abril de 2000 fue nombrado soldado voluntario.

1.2.2. El soldado voluntario José Alirio Bautista Álvarez prestó sus servicios por última vez en el Batallón de Contraguerrillas No. 34 "Cr Jaime Fajardo" en el municipio de Natagaima y el 30 de agosto de 2001 falleció en combate como consecuencia de la acción directa del enemigo.

1.2.3. En consecuencia, mediante Resolución No. 000824 de 2001 fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo.

1.2.4. El joven Elder David Bautista Parra es hijo del soldado José Alirio Bautista Álvarez y a través de la Resolución No. 15032 del 13 de noviembre de 2001 fue reconocido como beneficiario de sus prestaciones sociales.

1.2.5. El 2 de julio de 2019 Elder David Bautista Parra, a través de apoderado, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, fue negada por medio de la Resolución No. 4582 del 25 de septiembre de 2019.

1.2.6. El demandante Elder David Bautista Parra solicitó por escrito al Director de personal del Ejército Nacional, le suministrara el último lugar donde su padre había prestado sus servicios previo a su muerte.

1.3. Normas violadas[3]

Se consideran por la parte demandante transgredidos los articulo Constitucionales 2,4,13,23,25,48 y 53.

Como presupuestos de orden legal menciono quebrantados los articulo 1,19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 1,2,5,185 y 189 del Decreto 1211 de 1990 literal d) y los artículos 83 y 161 del C.P.A.C.A..

[2] Folio 5 a 7 del documento 01 del Cuaderno Principal del Expediente Digital.
[3] Folio 11 del documento 01 del Cuaderno Principal del Expediente Digital.

1.4. Concepto de violación[4]

El apoderado del extremo procesal activo arguye que el acto administrativo atacado viola flagrantemente los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, desacatando la Sentencia de Unificación No. SU-CE-SUJ-SII-013-2018, la cual estableció la obligación de la parte demandada de reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de soldados voluntarios de conformidad con el grado póstumo concedido y con lo normado en el Decreto 1211 de 1990, los cuales se cumplen en este caso pues el progenitor del causante se desempeñaba como soldado voluntario, murió en combate y fue ascendido de manera póstuma.

Sostiene que en virtud del artículo 44 de la Constitución Política y los artículos 2530 y 2541 del Código Civil aplica la suspensión de la prescripción sobre las mesadas pensionales causadas a favor del demandante, pues era menor de edad al momento del fallecimiento de su padre, por lo cual debe pagarse la prestación debe pagarse desde el otro día de la muerte, esto es desde el día 31 de agosto del año 2001.

1.5 Contestación de la demanda[5]

Por intermedio de apoderada judicial, la entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad al haber sido expedido por el funcionario competente con el lleno de los requisitos legales y en cumplimiento de los estatuido en el Decreto 2728 de 1968, como norma especial aplicable.

Igualmente, manifiesta que no es dable reconocer la pensión vitalicia prevista en la Ley 447 de 1998 por surgir sus efectos a partir del 21 de julio de 1998; así como tampoco la Ley 100 de 1993, dada la exclusión a los servidores militares y de policía.

Por otra parte, asevera que no es posible que el demandante sea beneficiario de una pensión de sobreviviente sin haber acreditado dependencia económica respecto al causante, toda vez la jurisprudencia la ha concebido como soporte fundamental para el reconocimiento y pago de la pensión.

---

[4] Folio 11 a 32 del documento 01 del Cuaderno Principal del Expediente Digital.
[5] Documento No.04 del Cuaderno Principal del expediente digital.

Finalmente, como medios exceptivos se propusieron la de legalidad del acto y dependencia económica.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 11 de diciembre de 2019 y repartida a este Despacho Judicial. Posteriormente, fue admitida por auto del 14 de julio de 2020 *(fl. 63-64 del documento 01 del expediente digital)*.

Mediante auto del 22 de noviembre de 2021[6] se corrió traslado para que las partes allegaran sus alegatos de conclusión a objeto de dictar sentencia anticipada. Finalmente, el 28 de febrero de 2022[7], el expediente ingresó al despacho para sentencia.

2.1. Alegatos de conclusión

2.1.1. Parte demandante[8]

El apoderado de la parte actora manifestó que debe accederse a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que la Sentencia de Unificación No. SU-CE-SUJ-SII-013-2018 estableció unas reglas jurisprudenciales claras y dado que contiene los mismos supuestos facticos y jurídicos del presente litigio, es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de acuerdo con el grado póstumo y sin efectuar deducciones respecto a los dineros pagados como compensación en cumplimiento del Decreto 2728 de 1968, puesto que estos últimos son compatibles con la pensión reconocida judicialmente.

Adicionalmente, indica que el acto administrativo por el cual se negó la pensión de sobrevivientes a favor del acá demandante es ilegal y violatorio de los principios de igualdad y favorabilidad dispuestos en la Constitución Política, puesto que considera que no hay que perder de vista que la normatividad que se aplicaba al momento de fallecer el soldado Bautista Álvarez es diferente a la que se ha aplicado en casos similares a partir del 2018.

[6] Documento No. 17 del Cuaderno Principal del expediente digital.
[7] Documento No. 25 del Cuaderno Principal del expediente digital.
[8] Documento No. 20 del Cuaderno Principal del expediente digital.

Igualmente, enfatiza que el Decreto 1211 de 1990 no prevé como requisito para el reconocimiento de la pensión demostrar la dependencia económica y no es posible exigir el cumplimiento de una condición adicional a las contempladas en la ley aplicable al caso sub examine. Finalmente, sostiene que se debe aplicar el artículo 174 del precitado decreto y además, se debe tener en cuenta que por ser menor de edad el demandante al momento de fallecer su padre operaba la suspensión de la prescripción en los términos del artículo 2530 del Código Civil.

2.1.2. Parte demandada Nación – Ministerio Se Defensa- Ejército Nacional[9]

Durante el término legal establecido, la apoderada de la parte demandada allegó sus alegatos finales, reproduciendo en forma idéntica lo argumentado en la contestación de la demanda.

2.1.3. Concepto del Ministerio Público

Guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El litigio se contrae en determinar si ¿el demandante, en su condición de hijo del soldado voluntario José Alirio Bautista Álvarez (q. e. p. d.), tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, sin ningún tipo de deducción?

3.2. Tesis

Conforme a los lineamientos de orden legal y la posición unificada por el Consejo de Estado, concluye el Despacho que el cargo de nulidad propuesto por la parte demandante en contra del acto acusado tienen vocación de prosperidad, pues conforme con los medios de convicción aportados oportunamente al proceso se dilucida que es aplicable el régimen pensional dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 al beneficiario del extinto José Alirio Bautista Álvarez, sin que haya lugar a deducciones.

[9] Documento No. 22 del Cuaderno Principal del expediente digital.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial que sustenta la tesis del Despacho

Con miras al desarrollo del problema jurídico planteado con antelación, se desarrollará el marco normativo y jurisprudencial referente a: **3.3.1.** Régimen pensional para soldados voluntarios fallecidos en combate y, **3.3.2.** Suspensión de la prescripción.

3.3.1. Régimen pensional para soldados voluntarios fallecidos en combate

El 31 de diciembre de 1985 el Congreso de la República expidió la Ley 131, a través de la cual se reguló el servicio militar voluntario, conforme a tal normativa, los soldados voluntarios eran aquellas personas que, habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al reglamento de régimen disciplinario, al régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

En su momento, el régimen especial de las Fuerzas Militares sistematizó de manera diferente las prestaciones por muerte de sus miembros, así, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio; en lo que concierne a los soldados voluntarios fueron estos cobijados por el Decreto 2728 de 1968[10], disposición que consagró diferentes prestaciones en atención a la forma en que haya ocurrido la muerte del soldado o grumete, empero, dentro de esas prestaciones no se encuentra la pensión de sobrevivientes.

A la par, se fue desarrollando el régimen de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares mediante el Decreto 89 de 1984[11], Decreto 95 de 1989[12] el cual determinó la posibilidad de una pensión a los beneficiarios de oficiales y

[10] Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares
[11] A través del cual se reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares
[12] Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1988, «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía y se dictan otras disposiciones».

suboficiales fallecidos en combate[13], prestación que se mantuvo luego en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990[14].

La posibilidad de una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate no vino a consagrarse expresamente en el ordenamiento jurídico sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, entre tanto, esta jurisdicción se encargó de conocer los casos en que se debatía la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un soldado voluntario en combate antes de la entrada en vigencia de las mencionadas normas, determinándose en reiterados pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la viabilidad de conceder la prestación contenida en el Decreto 1211 de 1990 aplicable a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

La argumentación en tal posición de nuestro órgano vértice se estructuró en la demostración de un trato diferenciado entre las prestaciones que le eran reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en actos propios del servicio y las previstas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales muertos en las mismas circunstancias, pues ambos son ascendidos de forma póstuma, sus familiares pierden de igual forma el sustento y el apoyo económico que les brindaba, y tanto soldados como suboficiales hacen parte de las Fuerzas Militares, contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal en defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional y el orden constitucional; tesis que fue sostenida en múltiples pronunciamientos.[15]

Finalmente, frente al asunto se profiere por la Sección Segunda la **sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018**[16] fijando como reglas:

---

[13] Artículo 184
[14] Por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
[15] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de abril de 2004, radicación 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03)- Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09)- Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10)- Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013)- Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14)- Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 54001233300020130016 6-01 (0642-2015).
[16] SU- CE-SUJ-SII-013-2018, Expediente: 05001233300020130074 1-01, Número Interno: 4648-2015.

> 1. *Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002[17], 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[18], 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).*

En ese entendido, a los soldados voluntarios que fallecieron antes del 7 de agosto de 2002, les aplicará el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, de acuerdo con la fecha su muerte en combate. Así mismo, se estableció que podrán los beneficiarios conservar los dineros que fueron reconocidos como compensación en virtud del Decreto 2728 de 1968, por no ser incompatibles con la pensión de sobrevivientes reconocida en los decretos antes relacionados. Finalmente, solo se ratificó el término de prescripción cuatrienal previsto de igual forma en las normas previamente señaladas.

3.3.2. Suspensión de la prescripción

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 reza:

---

17 En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.
18 En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

> *"Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."*

Así entonces, con la muerte de un oficial o suboficial de las fuerzas militares el derecho a la pensión de sobreviviente se hace exigible y le aplicará el término de cuatro años de acuerdo con lo dispuesto en la norma especial antes referida.

No obstante, en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Política y los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, se suspende el término de prescripción extintiva respecto a los menores de edad y empieza a correr sólo cuando alcanzan la mayoría de edad. Lo anterior con el propósito de proteger los derechos de los niños y garantizar el ejercicio pleno los mismos[19].

En el mismo sentido lo ha reafirmado el Consejo de Estado[20], indicando que,

> *"La suspensión de la prescripción a favor de los menores se justifica en la medida en que sus derechos hacen parte de su haber patrimonial y no del de su representante legal, de modo que sólo puede afectárseles con el fenómeno prescriptivo cuando tengan capacidad legal de ejercicio; máxime porque el hecho de que cuenten con una persona que los puede representar legalmente, no significa una garantía de la reclamación efectiva y oportuna de sus derechos, por lo que es inadmisible sujetarlos a la suerte que dispongan quienes los representan.*
>
> *Sumado a lo anterior, resulta acorde con los postulados del Sistema Constitucional Colombiano que pregonan la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución**), la suspensión del término de prescripción extintivo mientras ellos adquieren capacidad, pues sólo así se garantiza que puedan participar de manera efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar**."* (Énfasis fuera del texto original)

[19] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicado núm. 73001233300020140009601 del 07 de diciembre de 2022, C.P. Dr. César Palomino Cortés.
20 Sección Segunda, Subsección B, radicado núm. 05001-23-31-000-2004-04969-01 del 22 de septiembre de 2011, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En efecto, el término de prescripción de cuatro años respecto las mesadas pensionales se activa una vez el menor de edad ha alcanzado la mayoría de edad, que es cuando pueden ejercer su derecho al reclamo por sí mismo.

4. CASO CONCRETO

4.1. Medios de prueba relevantes

De acuerdo con los medios de convicción válidos y oportunamente aportados al proceso, el Despacho encuentra lo siguiente:

- Registro civil de nacimiento de Elder David Bautista Parra, con el cual se acredita que es hijo de José Alirio Bautista Álvarez *(fl. 60 del documento No. 01 del cuaderno principal).*

- Registro civil de defunción de José Alirio Bautista Álvarez, en él se constata que la fecha de muerte fue el 30 de agosto de 2001. *(fl. 14 del documento No. 13 del cuaderno principal)*

- Informativo administrativo por muerte No. 004 del 9 de octubre de 2001, el cual indica que la "muerte del señor Soldado Profesional Bautista Álvarez José Alirio, identificado con cédula de ciudadanía No. 74'428.281, ocurrió por acción directa del enemigo, como consecuencia del combate contra bandoleros de la Cuadrilla Tulio Barón y Columna Móvil Prias Alape de las ONT'FARC, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público." *(fl. 49 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

- Resolución No. 000824 del 02 de octubre de 2001, por la cual se honra la memoria y se confiere ascenso póstumo a unos soldados del Ejército Nacional, y evidencia el ascenso al grado de cabo segundo del soldado José Alirio Bautista Álvarez. *(fl. 52 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

- Resolución No. 15032 del 13 de noviembre de 2001, por el cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No. 3101708 de 2001, documento que demuestra el reconocimiento de compensación a favor de Elder David Bautista Parra de conformidad con el Decreto 2728 de 1969. *(fls. 53 a 54 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

- Hoja de servicios No. 350, se evidencia que el soldado José Alirio Bautista Álvarez sirvió al Ejército Nacional desde el 18/03/1998 hasta el 30/08/2001. *(fls. 50 a 51 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

- Derecho de petición radicado el 2 de julio de 2019, solicitando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de Elder David Bautista Parra. *(fls. 41 a 42 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

- Resolución No. 4582 del 25 de septiembre de 2019, por la cual se resuelve la solicitud de pensión de sobrevivientes; negando la pensión pretendida. *(fls. 43 a 45 del documento No. 01 del cuaderno principal)*

4.2. Análisis del caso concreto

Conforme a los medios de prueba que fueron especificados previamente, es posible apreciar que las pretensiones del demandante se encuentran cobijadas por los efectos de la Sentencia de Unificación del 4 de octubre de 2018, toda vez que el soldado voluntario José Alirio Bautista Álvarez falleció en combate[21] el 30 de agosto de 2001[22], fecha para la cual existía un trato diferencial injustificado por la ausencia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes en el Decreto 2728 de 1968 , situación que se modificó a partir de las reglas jurisprudenciales unificadas por el Consejo de Estado con carácter vinculante.

Así entonces, como fue demostrado en el plenario, al acá demandante sólo fue beneficiario de una compensación por muerte y el pago doble de las cesantías[23], tal como lo dicta el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968. Sin embargo, bajo las pautas dispuestas en la Sentencia de Unificación **SU- CE-SUJ-SII-013-2018**, en aplicación de los principios de especialidad, favorabilidad, protectorio e igualdad se le debe reconocer igualmente la pensión de sobreviviente a los beneficiarios legales del soldado voluntario, y que conforme a la fecha de fallecimiento del causante, son los determinados en el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990:

> *"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:*

[21] Folio 49 del documento No. 01 del cuaderno principal
[22] Folio 14 del documento No. 13 del cuaderno principal
[23] Folios 53 a 54 del documento No. 01 del cuaderno principal

(…)

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley. (…) "

Por lo tanto, en este litigio le asiste el derecho sobre la pensión de sobreviviente al hijo del soldado voluntario muerto en combate, puesto se acreditó su calidad a través del Registro Civil de Nacimiento[24] y por ello, es procedente el reconocimiento pleno de la prestación pretendida.

Ahora, teniendo en cuenta que el soldado José Alirio Bautista Álvarez prestó sus servicios al Ejército Nacional por 2 años, 11 meses y 20 días[25], se le debe reconocer al demandante la prestación en la forma dispuesta en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, la cual determina que "*Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el Artículo 158 de este Decreto*."

En relación con la acreditación de dependencia económica alegada por la apoderada de la parte demandada, conviene subrayar que el Decreto 1211 no exige como requisito que exista una dependencia económica respecto al soldado fallecido en combate para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, afirmación que encuentra sustento en pronunciamiento de nuestro órgano de cierre[26].

No obstante, ha de señalarse frente a la pretensión de la parte actora en el sentido de que la prestación se reconozca con carácter vitalicio lo indicado en artículo 188 de la norma previamente relacionada:

"las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido

[24] Folio 60 del documento No. 01 del cuaderno principal
[25] Folios 50 a 51 del documento No. 01 del cuaderno principal
[26] Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, radicado 20001-23-33-000-2016-00208-01 del 11 de abril de 2019, C.P. Dr. Rafael Francisco Suarez Vargas

> *económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios." (*Énfasis fuera del texto original)

En virtud de lo anterior, la pensión de sobrevivientes no es vitalicia, sino que tiene origen desde el día siguiente al fallecimiento del causante, 31 de agosto de 2001, y se extingue al momento que se cumplan los parámetros del artículo 188.

En lo referente la prescripción de las mesadas pensionales causadas a partir de la muerte del soldado, atendiendo a lo establecido por los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, los cuales pretenden proteger los derechos de los menores de edad, tal como lo estatuye el artículo 44 de la Carta Magna, opera la suspensión del término de prescripción extintivo hasta el momento en el que el menor adquiere la mayoría de edad, puesto que solo en aquel momento "*se garantiza que puedan participar de manera efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar*"[27].

En tal sentido, se probó al interior de este proceso que Elder David Bautista Parra tenía 2 años y 3 meses al momento de fallecer su padre en combate[28], por ende, se suspendió la prescripción hasta el 28 de mayo de 2017, cuando cumplió la mayoría de edad, pues desde esa fecha se hizo exigible el derecho para él; de tal modo que, el término cuatrienal comenzó a contabilizarse desde aquel momento y por ello, no prescribió ninguna mesada pensional, toda vez que se presentó la reclamación el 02 de julio de 2019[29] y el 11 de diciembre de 2019 se instauró la demanda[30].

De otra parte, la segunda regla jurisprudencial de la sentencia de unificación del 04 de octubre de 2018 señala que ante el reconocimiento de la pensión de sobreviviente no se deben efectuar descuentos por la compensación por muerte y cesantías dobles pagados como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990. Al respecto el Consejo de Estado consideró:

> *"…se advierte que una de las consecuencias de beneficiarse de determinado régimen pensional es precisamente el hecho de que tiene que someterse a este en la totalidad de sus disposiciones, condición conocida como principio de inescindibilidad o conglobamento, sin que le esté dado fragmentar las normas, tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto.*

[27] Tribunal Administrativo de Boyacá, radicado 15238333375220140015801 del 08 de octubre de 2019
[28] Folio 60 del documento No. 01 del cuaderno principal
[29] Folios 41 a 42 del documento No. 01 del cuaderno principal
[30] Folio 3 del documento No. 01 del cuaderno principal

> *Para dar cumplimiento a lo anterior, vistos los emolumentos que ofrece el Decreto 2728 de 1968 y los contenidos en los Decretos 95 de 1989 y 1211 de 1990, se advierte que* ***existe identidad entre ambas regulaciones y solamente existe disparidad en cuanto al reconocimiento pensional que permiten estos. Así las cosas, no surge incompatibilidad entre las prestaciones que se hubieren reconocido a los beneficiarios del soldado voluntario con sustento en el decreto citado, solamente deberían adicionarse aquellas relativas a la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, no es necesario considerar descuento alguno.****"* (Destaca el Despacho)

En virtud de lo anterior, se le permite al demandante conservar los dineros cancelados por concepto de compensación y cesantías dobles por muerte de su padre en combate, por ello no se realizarán descuentos sobre la pensión de sobreviviente a reconocer como prestación adicional.

En concreto, la parte actora señaló en el escrito introductorio la nulidad de la Resolución No. 4582 del 25 de septiembre de 2019, por la cual se le negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al acá demandante, bajo la causal de infracción de las normas en las que debía fundarse. Lo anterior lo fundó en la falta de aplicación de la jurisprudencia del máximo órgano contencioso administrativo, que dispuso el reconocimiento de tal prestación de conformidad con los parámetros dispuestos en el Decreto 1211 de 1990.

Cabe recordar que, la causal invocada se refiere a *"la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: falta de aplicación, aplicación indebida o, interpretación errónea*"[31]. Así entonces, se comprueba en la resolución demandada que aquella se fundamentó en el Decreto 2728 de 1968 para resolver la petición acerca de la pensión de sobreviviente y desestimó la aplicación de las reglas jurisprudenciales de vigentes en el ordenamiento jurídico[32]; por consiguiente, es evidente la aplicación indebida y la falta de aplicación.

Ciertamente, existe una aplicación indebida por cuanto se negó la pensión de sobreviviente valiéndose únicamente del Decreto 2728 de 1968, a pesar de no ser el pertinente para resolver aquel asunto, dado que la Sentencia de Unificación del 4 de octubre de 2018 había aclarado que los beneficiarios de

[31] Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, radicado 52001-23-33-000-2015-00045-01 del 21 de mayo de 2020, C.P. Dr. William Hernández Gómez
[32] Folio 44 del documento No. 1 del cuaderno principal

soldados voluntarios muertos en combate estarían sometidos a las prestaciones por muerte del decreto antes referenciado e igualmente en lo ateniente a la pensión de sobrevivientes se aplicaría el Decreto 1211 de 1990.

En consecuencia, no prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada y resulta probado sub judice el vicio invocado en la demanda frente a la Resolución No. 4582 del 25 de septiembre de 2019, por lo tanto, se procederá a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

4.3. Otras decisiones

Se dispondrá que el pago de las sumas que se causen se ajuste conforme a lo preceptuado en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., tomando como base la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la mesada pensional, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional.

De igual forma, se ordenará dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

5. COSTAS

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado[33] en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

[33] C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandada, en tanto resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte demandante presentó la demanda y alegó de conclusión, se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el Despacho condenará en costas a la parte demandada, en tanto resultó parcialmente vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho el 4% de las pretensiones concedidas, que equivalen a la suma de $ 1.634.206 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUE***, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 4582 del 25 de septiembre de 2019, suscrita por la Directora Administrativa (E) y la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, en virtud de lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación-Ministerio De Defensa- Ejército Nacional a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al señor Elder David Bautista Parra, causada por el fallecimiento del Cabo Segundo (Póstumo) José Alirio Bautista (q.e.p.d.), en los términos y cuantía establecidos en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, a partir del día siguiente de la muerte del causante por aplicación de la suspensión de la prescripción extintiva, y hasta tanto se cumplan los parámetros del articulo 188 del mismo Decreto.

No se podrán efectuar descuentos por conceptos de devolución de compensación del Decreto 2728 de 1968.

CUARTO: ORDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a actualizar las sumas que resulten a favor de la demandante, con base en la fórmula que indicada en la parte considerativa de esta providencia.

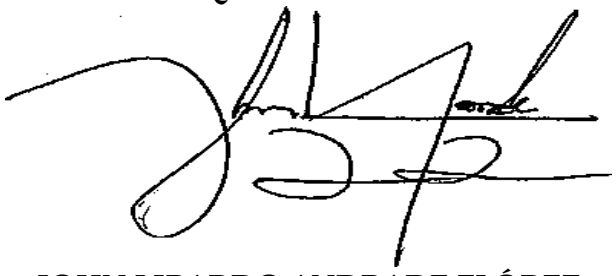
QUINTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia la entidad antes mencionada pagará intereses en la forma establecida en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A..

SEXTO: **CONDENAR** en costas a la parte demandada; tásense tomando en cuenta como agencias en derecho a suma de $ 1.634.206 Por secretaría liquídense.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

En firme este fallo expídanse copias con destino y a costa de la parte actora, previo pago del arancel judicial, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P., liquídense las costas y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez