



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 152383333001-2016-00096-00
Demandante: ANDREA NIETO TREMS
Demandado: Nación – Min. Defensa – Ejército Nacional

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir¹ sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Andrea Nieto Trems, por intermedio de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4070 de 07 de septiembre de 2015 mediante la cual el Ministerio de Defensa a través de su Director Administrativo le negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su hijo, quien en vida se llamó Drain Duran Neto, acaecida en Combate el día 01 de marzo de 1992, así como de su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo. Se solicita, igualmente, la nulidad de la Resolución No. 4751 de 26 de octubre de 2015 mediante la cual se resuelve un recurso de reposición contra el preciado acto, confirmándolo integralmente.

En virtud de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes desde la fecha de causación del derecho y en los porcentajes establecidos por Ley.

Solicita se condene en costas a la demandada; se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del Art. 192 del CPACA y que la condena se actualice conforme al Art. 187 Ibídem (fls. 4-5).

3. HECHOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (fls. 5-7):

El señor Drain Duran Nieto (q.e.p.d.), hijo legítimo de la señora Andrea Nieto Trems, fue incorporado legalmente al Ejército Nacional para prestar su servicio militar obligatorio, jurando bandera el 30 de noviembre de 1991, servicio que prestó hasta el día de su muerte el 01 de marzo de 1992 en el municipio de Pajarito Boyacá.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

El señor Drain Duran Nieto falleció en COMBATE POR ACCION DEL ENEMIGO y consecuencia de ello, fue ascendido póstumamente por el Ejército Nacional al Grado de Cabo Segundo, mediante Resolución No. 0304 del 15 de enero de 1993, ubicándolo en el régimen de carrera de los suboficiales.

Afirma que la demandante, señora Andrea Nieto Trems, que dependía económicamente de su hijo Drain Duran Nieto.

La demandante el día 23 de junio de 2015 solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinador Grupo Prestaciones Sociales, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en su condición de madre del señor Cabo Segundo Drain Duran Nieto y teniendo en cuenta que su fallecimiento ocurrió en combate, la cual fue negada mediante Resolución No. 4070 de 07 de septiembre de 2015, decisión que fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación, el primero resuelto con la Resolución No. 4751 de 26 de octubre de 2015 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra Resolución No. 4070 confirmando y no se dio trámite al recurso de apelación, dando por agotada la vía gubernativa.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo acusado se violaron las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitución Nacional: artículos 1, 2, 5, 29, 53, 83, 93 y 216.

Legal: Arts. 1º, 2º, 5º 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990.

Como concepto de la violación se señala:

Que el acto administrativo demandado resulta violatorio de los principios constitucionales de legalidad y favorabilidad, así como los derechos fundamentales a la igualdad y la seguridad social, en cuanto la entidad omite aplicar el Decreto 1211 de 1990 de forma preferente al Decreto 2728 de 1968, no obstante que ello resulta procedente conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de diferentes Tribunales del país en las cuales se a establecido el deber que le asiste a la entidad demandada de aplicar, en virtud de los referidos principios, el Decreto 1211 de 1990.

Argumenta que el acto administrativo que niega la pensión desconoce los efectos prestacionales que se derivan del ascenso póstumo debidamente reconocido mediante acto administrativo, pues consecuencial al mismo debe darse aplicación al régimen especial de carrera de los suboficiales del Ejército Nacional, en concreto al Art. 189 del Decreto 1211 de 1990, que contempla la pensión reclamada como prestación por muerte en combate por acción del enemigo.

Señala que existe una línea jurisprudencial consolidada por parte del H. Consejo de Estado –cita decisiones- en las cuales se ha establecido la aplicación del régimen de suboficiales a soldados ascendidos de manera póstuma al grado de cabo segundo.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional, a través de apoderada, dio contestación oportuna a la demanda (fls.140-145) dando por ciertos los hechos esgrimidos en la misma que refieren a la forma y tiempo de vinculación del señor Drain Duran Nieto al Ejército Nacional así como la calificación de su muerte y el ascenso póstumo, empero se opuso a las pretensiones de la demanda.

Argumenta que el estatuto militar vigente para la fecha del fallecimiento del señor Drain Duran Nieto era el Decreto 2718 de 1968, norma especial y de obligatorio cumplimiento que no consagra el derecho objeto de la controversia.

Indica que en gracia de discusión y en caso que con ocasión del ascenso póstumo que prevé el Art. 8 del Decreto en mención, la norma aplicable era el Decreto 1211 de 1990 Art. 190, que en todo caso establecía en favor de los beneficiarios en el orden allí indicado, el reconocimiento y pago de una pensión mensual en los eventos en que el oficial o suboficial hubiera cumplido 12 años o más de servicio, si la muerte ocurría en misión del servicio, siendo imposible aplicar dicha normativa al caso de la Litis en razón a que el militar solo estuvo vinculado a la institución castrense cinco (05) meses y once (11) días, ya que ingresó el 19 de septiembre de 1991 y fue dado de baja el 1° de marzo de 1992.

Propone como excepción de mérito la *prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales* con fundamento en lo normado en el Art. 174 del Decreto 1211 de 1990 y en cuanto el demandante elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 23 de junio de 2015.

Solicita que en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda en el sentido de condenarla al pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, se disponga el descuento de los valores que esta recibió por indemnización o compensación por muerte, para tal efecto, indica que estas dos prestaciones son incompatibles en la medida que el daño que cubre tal prestación entraría a ser cubierto con el reconocimiento pensional. Cita fallos del Consejo de Estado, entre ellos sentencia de 27 de marzo de 2008, radicado No. 25000-23-25-000-1999-05264-01 (2833-04) y sentencia de 30 de octubre de 2008, radicado No. 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05) ambas con ponencia de la Magistrada Dra. Berta Lucía Ramírez de Páez.

6. TRÁMITE PROCESAL

Remitida la demanda por competencia territorial por auto del 25 de abril de 2016 (fl.123) proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, le correspondió por reparto a este Despacho Judicial (fl. 126) admitiéndose la demanda mediante auto de fecha 03 de junio de 2016 (fl. 127).

El 17 de mayo de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial (fls. 186-187) disponiéndose la vinculación del señor Manuel del Cristo Duran Barrios como litisconsorte de la parte pasiva y en su condición de posible beneficiario de la pensión reclamada.

El 05 de julio de los corrientes se dio continuación a la audiencia inicial disponiéndose la desvinculación del señor Manuel del Cristo Duran Barrios como quiera que con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda tuvo lugar su fallecimiento, en la misma diligencia se estableció que la decisión de la excepción de *prescripción*, por estar supeditada al reconocimiento del derecho reclamado, debía ser pospuesta al momento de resolver el fondo del litigio, se decretaron pruebas a solicitud de la parte demandada y de oficio (fls. 197-200).

Las pruebas decretadas fueron practicadas e incorporadas al expediente audiencia de pruebas realizada el día 25 de octubre de 2017 (fls.259-260), se dispuso declarar cerrado el periodo probatorio, igualmente, prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento ordenándose correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **entidad demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

La **parte demandante** alegó de conclusión (fl.262-267) ratificándose en los fundamentos y pretensiones de la demanda.

Indica que en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente: Que: i) el señor Drain Duran Nieto es hijo de la demandante señora Andrea Nieto Trems y ésta dependía económicamente del referido de lo cual da cuenta las declaraciones extraproceso ratificadas en audiencia del 20 de septiembre de 2017 celebrada por el Juzgado Segundo Administrativo de Barrancabermeja; ii) el señor Drain Duran Nieto estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado regular y el 01 de marzo de 1992 falleció en combate por la acción del enemigo, deceso que fue debidamente registrado en la Registradora del Estado Civil del municipio de Pajarito; iii) el señor Drain Duran Nieto fue promovido al grado de cabo segundo ubicándolo en el régimen de carrera denominado de los suboficiales y el cual se encuentra gobernado por el Decreto 1211 de 1990.

Refiere a la improcedencia de la solicitud de la entidad demandada encaminada a que se le ordene la devolución, a favor del Ministerio de Defensa, de la suma que fuera reconocida por concepto de compensación por muerte, por cuanto ésta no resulta incompatible con la pensión de sobrevivientes.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la demandante en calidad de beneficiario de los efectos económicos que se derivan del fallecimiento en combate de un soldado regular y a quien se le concedió ascenso póstumo, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990; en caso afirmativo, se debe establecer si la pensión reconocida es compatible con la compensación consagrada para los beneficiarios de los militares que perecen en combate, o si por el contrario, por incompatibilidad entre éstas, ha de ordenársele la devolución de la suma pagada por dicho concepto.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario referirse a: i) el marco normativo y jurisprudencial en materia prestaciones en favor de los beneficiarios del soldado regular que muere en combate; ii). la compatibilidad de la indemnización o compensación por muerte consagrada como prestación para los beneficiarios de los militares que perecen en combate, con la pensión de sobrevivientes.

9. MARCO JURIDICO

a) Reconocimiento económico a beneficiarios de soldados regulares muertos en actos del servicio.

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*” en el artículo 8° establece algunas prestaciones de carácter económico a favor de los soldados que en servicio activo mueren “*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*”. Al respecto, dicha norma preceptúa:

“(…) ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

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

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

A partir de la normativa citada en precedencia se puede colegir la ausencia de precepto alguno que creara el derecho de obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado regular muerto en combate, pues solo se determinó como prestaciones en favor de los beneficiarios, el ascenso póstumo y una compensación económica.

Por su parte, tratándose de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reformó el Estatuto del Personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, estipuló como tales el ascenso póstumo y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

Al respecto el Art. 189 del Decreto 1211 de 1990, preceptúa:

“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 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.

(…)”.

La diferenciación normativa creada por los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, entre las prestaciones reconocidas a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por la segunda norma referida para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias, conllevó a que la jurisprudencia contencioso administrativa, a que en aras de brindar protección al derecho superior a la igualdad y a la favorabilidad en materia prestacional de naturaleza laboral, estableciera la viabilidad de inaplicar Decreto 2728 de 1968 con el objetivo de reconocer a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio, la pensión de sobrevivientes prevista en el Decreto 1211 de 1990.

Al respecto, dicha Corporación en sentencia de 1 de abril de 2004², señaló:

“El Consejo de Estado a partir de postulados constitucionales propios de un Estado Social de Derecho, como la igualdad y la favorabilidad, ha modulado la interpretación de las leyes cuya exposición antecede y ha concluido:

“Ahora bien, es cierto que el artículo 8º del referido estatuto 2728 no contempló como prestación a favor de los beneficiarios legales, la pensión en el caso de muerte del soldado en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, y que tal derecho lo establece el decreto ley 1211 de 1990 cuando fallecen en esas condiciones los oficiales y suboficiales.

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 solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional”. (Sic para todo el texto).

En otro pronunciamiento más reciente el H. Consejo de Estado indicó³:

“(…)

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación No. 1994-0.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 7 de julio de 2011, Rad. No. 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09).

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.

(...)

En este orden, siendo clara y precisa posición jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre los principios constitucionales -igualdad y favorabilidad- que fundamentan la inaplicación del Decreto 2728 de 1968 en eventos de reclamación de la pensión de sobrevivientes elevada por los beneficiarios de soldado regular fallecido en combate, y la aplicación consecuente del Decreto 1211 de 1990, bajo dicho criterio se analizará el caso en concreto.

b) Compatibilidad de la indemnización o compensación por muerte consagrada como prestación para los beneficiarios de los militares que perecen en combate, con la pensión de sobrevivientes.

Conforme al criterio actual del H. Consejo de Estado, tales beneficios coexisten, no son excluyentes los pagos por conceptos de mesadas pensionales con los de naturaleza indemnizatoria laboral o compensación por muerte, los cuales fueron fijados por la ley expresa y claramente con carácter acumulativo.

Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19 de enero de 2015⁴, se pronunció en el siguiente sentido:

“Por la clara y precisa posición jurisprudencial acabada de glosar sobre las razones constitucionales que explican el fundamento para la inaplicación del Decreto 2728 de 1968 en eventos de reclamación de la pensión de sobrevivientes elevada por los beneficiarios de soldado regular fallecido en combate por acción del enemigo, como el caso que aquí se ventila, y la aplicación consecuente del Decreto 1211 de 1990, encuentra la Sala fundamento suficiente para confirmar la providencia impugnada, en cuanto dispone el reconocimiento de la pensión de sobreviviente para los demandantes VIDAL SIMARRA PEDROZA Y MARITZA FRANCO DE SIMARRA por el fallecimiento de su hijo ALBERTO RAFAEL SIMARRA FRANCO. Empero, la revocará en cuanto a la orden de descontar los valores cancelados a los demandantes a título de compensación de prestaciones sociales, ya que, comparadas las normas en referencia, se advierte que ambas son coincidentes en una indemnización que corresponde al reconocimiento de cuarenta y ocho (48) meses [cuatro años] de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas.

En efecto haciendo un parangón entre lo previsto por el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, que en su inciso primero reza: “ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía...” y lo dispuesto por el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 que dispuso “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

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. No. 13001-23-33-000-2012-00159-01(4353-13)

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...”, no existe explicación jurídica para exigir que lo percibido por los demandantes a título de indemnización por mandato del Decreto 2728 de 1968 sea reintegrado por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de que trata el Decreto 1211 de 1990, cuando ésta última también lo contempla y ninguna de las prestaciones allí consagradas son optativas o excluyentes, sino, por el contrario, perentorias para quienes se hallen en los supuestos fácticos descritos por el legislador.” (Destacado fuera de texto)

La coexistencia o compatibilidad entre la compensación por muerte y la pensión de sobrevivientes tiene que inferirse de la literalidad de los preceptos especiales (artículo 8º del Decreto 2728 de 1968 y artículo 189 del Decreto 1211 de 1990). s. Nótese que el legislador extraordinario no utilizó la conjunción disyuntiva “o”, cuando enumeró los beneficios para el caso de muerte en servicio y por la acción directa del enemigo; el intérprete no puede crear una restricción no prevista en el ordenamiento, menos para disminuir las garantías sociales, pues ello contraría el art. 53 de la Carta Política.

10. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso objeto de estudio el plenario da cuenta que:

-. El extinto Drain Duran Nieto ingresó a prestar el servicio militar, como soldado regular el 19 de septiembre de 1991 y fue dado de baja por defunción en el Municipio de Pajarito el 01 de marzo de 1992, permaneciendo en el servicio un lapso de 05 meses y 14 días, como da cuenta la liquidación de servicios obrante a folio 226, siendo la causa del deceso “heridas con arma explosiva, tal como consta en el registro de defunción obrante a folio 43.

-. Mediante Resolución No. 4194 de 1992 el Soldado Drain Duran Nieto fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo (fl.225), en consideración a que su muerte se produjo en COMBATE por acción directa del enemigo.

-. Por el fallecimiento del Cabo Segundo (póstumo) del Ejército Drain Duran Nieto Mediante Resolución No.0304 de 15 de enero de 1999, el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, a favor de la señora Andra Nieto Trems, en su condición de madre del causante, reconoció y ordenó el pago de una compensación por muerte equivalente a 48 meses de haberes que percibía un cabo segundo para la fecha del deceso (fl.223-224) vínculo acreditado con la copia del Registro Civil de Nacimiento (fl.42)

-. Mediante escrito del 23 de junio de 2015 (fls. 50-57) la demandante solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, aduciendo que la muerte de su hijo el Soldado Drain Duran Nieto se produjo en desarrollo de actos propios del servicio y en consecuencia obtuvo ascenso póstumo a Cabo Segundo, la cual fue contestada negativamente con la Resolución No. 4070 de 07 de septiembre de 2015 por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, al considerar que el Decreto 2728 de 1968, norma de carácter especial, no establece el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los ascendientes o descendientes de los soldados muertos en combate, decisión conformada mediante en vía de reposición mediante la Resolución No. 4751 de 26

de octubre de 2015, en la que recalca que al momento del fallecimiento, el señor Drain Duran Nieto este no ostentaba el grado de cabo segundo en cuanto el mismo lo obtuvo de manera póstuma (fl.26-29).

La tesis que sostiene el Despacho para resolver el problema jurídico planteado es que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento del derecho reclamado, pues si bien el Ejército Nacional dio aplicación al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, respecto al reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de la demandante ante el deceso del señor Drain Duran Nieto, entre ellos, el ascenso póstumo y la compensación por muerte.

Sin perjuicio de lo señalado, se observa que para el 01 de marzo de 1992, fecha del deceso, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990 mediante el cual “se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” y por lo mismo no era procedente aplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, no solo porque no prevé el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en favor de los familiares de los soldados fallecidos en desarrollo de actos propios del servicio, sino porque ante la nueva jerarquía de Cabo Segundo adscrito al Ejército Nacional, que ostentaba el señor Drain Duran Nieto, pasó a formar parte de los Suboficiales del Ejército Nacional, de tal suerte que la norma aplicable para efectos del reconocimiento de las prestaciones pretendidas en vía gubernativa por la parte actora, era la establecida en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuanto consagra, además de la compensación equivalente a 48 meses de haberes correspondientes al grado conferido al causante, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Ello por cuanto el beneficio del ascenso póstumo al soldado que perece en combate no puede ser solo un ritual simbólico, en virtud del principio de igualdad, no es compatible con la Constitución que los beneficiarios de un militar que muere al servicio de la patria por acción del enemigo reciban o no la pensión de sobrevivientes dependiendo del grado que tuviera en el escalafón castrense.

Ha de precisarse que las disposiciones especiales propias de las pensiones castrenses (art. 189 del Decreto 1211 de 1990), no condicionan el beneficio prestacional a la dependencia económica entre beneficiarios y causantes, esa no es una condición legalmente impuesta por dicha normativa, luego para el caso en particular, a la demandante le bastaba con probar la calidad de padre supérstite para que en virtud del régimen especial consagrado en el Decreto 1211 de 1990 pueda lograr su pensión de sobreviviente⁵.

Así las cosas, en el presente caso puesto a consideración del Despacho se hace imperioso declarar la nulidad de los actos administrativos demandados Resolución Nos. 4070 y 4751 de 07 de septiembre y 26 de octubre de 2015, en cuanto se le negó a la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada con ocasión de la muerte en combate de su hijo el Cabo Segundo (póstumo) Drain Duran Nieto, no obstante, que en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad, pero principalmente por consecuencia del ascenso póstumo, le asistía derecho al reconocimiento de dicha prestación.

Así las cosas, como quiera que el señor Drain Duran Nieto prestó sus servicios con el Ejército Nacional durante 05 meses y 14 días – ver folio 226, (del 19 de septiembre de 1991 cuando ingreso como soldado regular hasta el 01 de marzo de 1992, cuando ocurrió su deceso en combate), esto es, menos de 12 años de

⁵ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de 7 de abril de 2014, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02058-01(AC), CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

servicio, en aplicación a lo establecido en el literal d) del artículo 189⁶ del Decreto 1211 de 1990, la demandante, en su condición de madre del extinto soldado Drain Duran Nieto, tiene derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en cuantía el equivalente al 50% de las partidas contempladas en el artículo 158 *Ibídem*⁷, a partir del 01 de marzo de 1992, fecha en que ocurrió el deceso del militar referido, pero con efectos fiscales a partir del 23 de junio de 2011, por prescripción cuatrienal como pasará a verse.

11. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La demandante elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 23 de junio de 2015 (fls.50-57) por lo que, atendiendo a la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174⁸ del Decreto 1211 de 1990, las mesadas causadas con anterioridad al **23 de junio de 2011** se encuentran prescritas.

Por esta razón, ha de declararse probada la excepción de “*prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales*” propuesta por la entidad demandada.

12. IMPROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO POR COMPENSACIÓN DE LA MUERTE

Conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado citada en el sentido de establecer la improcedencia en la devolución de los valores cancelados por concepto de compensación por muerte, en cuanto dichas prestaciones sociales no son optativas o excluyentes pues poseen naturaleza distinta - la pensión se constituye en una respuesta asistencial a la contingencia derivada de la muerte del militar y la compensación, posee un carácter eminentemente indemnizatorio-, en consecuencia, no existe razón justificable para que se le exija a la demandante el reintegro de la suma que le fuera reconocida por concepto de compensación, pues

⁶ 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:

(...)

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.

⁷ ARTICULO 158. 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 unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- **Prima de actividad** en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- **Duodécima 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.

En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

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

⁸ ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN. 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

este era un derecho que le asistía, por Ley, en su calidad de beneficiaria del señor Drain Duran Nieto (q.e.p.d.).

Se reitera, el intérprete judicial no puede crear una restricción no prevista en el ordenamiento, menos para disminuir las garantías sociales en contravía del art. 53 de la Carta.

Ahora, si bien la Ley 447 de 1998 consagra la incompatibilidad entre las dos prestaciones cuando se trata de soldados regulares (conscriptos), dicha norma es posterior al fallecimiento del soldado Drain Duran Nieto⁹ y no puede aplicarse porque se incurriría en violación del principio de irretroactividad de la ley y del principio constitucional de favorabilidad – Art. 53 C.P. -

13. INDEXACIÓN

La pensión de sobrevivientes que se reconoce tendrá los reajustes de Ley. Asimismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor mes por mes, en los términos del artículo 187 del CPACA, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de fallecimiento de la causante, por el guarismo que resulta 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 para el 13 de abril de 1996 fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 *Ibidem*.

14. COSTAS

El Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 68 del CGP, teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el reconocimiento pensional, también lo es que prospera la excepción de *prescripción* sobre las mesadas pensionales causadas cuatro años anteriores a la fecha en que se eleva la reclamación administrativa del derecho.

15. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”

⁹ Pues tal y como consta en el Registro de Defunción obrante a folio 43, su deceso tuvo lugar el 01 de marzo de 1992.

FALLA:

Primero.- Declarar, conforme a las razones expuesta en la parte motiva, la nulidad de las Resoluciones Nos. 4070 de 07 de septiembre de 2015 y 4751 de 26 de octubre de 2015 expedidas por el Ministerio de Defensa a través de la Directora Administrativa, que negó a la demandante el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes de conformidad con el Decreto 1211 de 1990.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora Andrea Nieto Trems, identificada con C.C. No. 28.009.029, una pensión de sobrevivientes en cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, en cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo 189 ibídem, a partir del 01 de marzo de 1992, pero **con efectos fiscales a partir del 23 de junio de 2011**, por prescripción cuatrienal.

Tercero.- Declarar probada la excepción de “*prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales*” propuesta por la entidad demandada.

Cuarto.- Ordenar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que los mayores valores que resulten de la reliquidación, sean ajustados al valor de conformidad con lo ordenado en el artículo 187 inc. final del CPACA siguiendo para ello el desarrollo de la fórmula señalada en la motivación de ésta sentencia, y dentro del término consagrado en el artículo 192 Ibídem. Las sumas reconocidas, además, devengarán intereses en la forma prevista en el referido artículo.

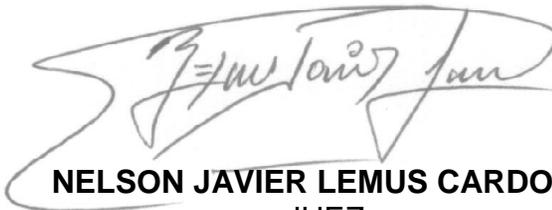
Quinto.- No condenar en costas en esta instancia.

Sexto.- Esta sentencia debe ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y su cumplimiento se dará conforme a los artículos 187 inc. final, 192, 194 y 195 Ibídem.

Séptimo.- Ordenar devolución de excedentes por gastos procesales a favor de la interesada, si a ello hubiere lugar.

Octavo.- Ejecutoriada esta sentencia y para su cumplimiento, expídanse copias de la presente acta, con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a quien ha venido actuando como su apoderada judicial. Por Secretaría, **dese** cumplimiento a los Arts. 192 inc. final y 203 inc. final del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ