REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

RADICACION:	73001-33-33-009-2017-00428-01 (0364-2019)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ANA MARIA LONDOÑO GARZON
DEMANDADO(S):	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
TEMA:	RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-DECRETO 1211 DE 1990.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por las partes contra la sentencia de 18 de febrero de 2019, con el que el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora ANA MARIA LONDOÑO GARZÓN, a través de apoderado judicial, formula medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, pretendiendo que se declare la nulidad de la Resolución No. 3336 de 14 de septiembre de 2017, mediante la cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento su hijo el extinto Cabo Segundo IVAN DE JESÚS MARÍN LONDOÑO..

En consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordené a la entidad demandada, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de madre del causante, como beneficiaria con retroactividad al día siguiente de la muerte, 17 de agosto de 1992.

Adicionalmente, solicita que la pensión de sobreviviente se reconozca en el equivalente al 50% de las partidas que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, incluyendo la prima semestral, la de navidad, la de actividad y el valor de los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados.

Además de ello, solicita que se ordene a la entidad accionada, a que la condena que se le imponga deberá ser actualizada de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

HECHOS

Como sustento factico la parte actora manifiesta, que su hijo el señor IVAN DE JESÚS MARÍN LONDOÑO, fue incorporado como Solado Voluntario desde el 19 de septiembre de 1991 hasta el 17 de agosto de 1992.

Señalan, que su hijo falleció el 17 de agosto de 1992, siendo calificada como muerte en combate y por acción directa del enemigo en el mantenimiento del orden público, siendo ascendido mediante Resolución No. 8434 de 1992, en forma póstuma al grado de Cabo Segundo.

Indica, que mediante Resolución No. 2553 del 17 de marzo de 1993, la demandante fue reconocida como beneficiaria única para el pago de las prestaciones sociales.

En virtud de lo anterior, arguye que elevó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes ante la entidad accionada, siendo resuelta de manera negativa mediante la Resolución No. 3336 de 14 de septiembre de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Con escrito visible a folios 60 a 72 del expediente, esta entidad contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, aludiendo que carecen de sustento factico y jurídico, puesto que los hechos en que se sustenta deberán ser probados dentro del proceso, siempre y cuando concurran los presupuesto de nulidad del acto administrativo.

Sostiene, que los actos administrativos proferidos por la entidad que representa no están viciados, en tanto que no es viable aplicar la Ley 100 de 1993, ya que el régimen de las Fuerzas Militares se encuentra exceptuado de su aplicación, por lo que no podría indicarse que existe una vulneración del principio de favorabilidad y de igualdad.

Agrega, que no se encuentra demostrada la dependencia económica de la madre.

En consecuencia solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, puesto que los actos administrativos atacados se encuentran revestidos de legalidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 18 de febrero de 2019, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, declaró la nulidad del acto administrativo demandado, condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reconocer a favor de la señora Ana María Londoño Garzón pensión de sobreviviente como beneficiaria del Cabo Segundo (póstumo) Iván de Jesús Marín Londoño Q.E.P.D., acorde con el art. 189 del Decreto 1211 de 1990 y en las proporciones previstas por el art. 185 ibídem.

Señaló que el reconocimiento sería a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, 17 de agosto de 1992, pero con efectos fiscales a partir del 18 de julio de 2013, en razón a la prescripción.

Asimismo, dispuso descontar debidamente indexado, lo pagado como compensación en razón a la muerte del señor Marín Londoño a la demandante en calidad de madre del fallecido militar.

Declaró probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de julio de 2013 y que las sumas adeudadas fueran debidamente indexadas.

Aduce la sentencia, que si bien el Decreto 2728 de 1968 no consagraba la pensión en razón a la muerte para los soldados regulares y que no podía aplicarse el Decreto 1211 de 1990 al ser el estatuto de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo cierto es que existe un trato desigual soportado solamente en el rango jerárquico de los uniformados

Es así como, dando aplicación a los principios de igualdad y favorabilidad, al no existir justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública y fallecen en desarrollo de actos propios del servicio, esto es, en combate o por acción del enemigo, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, dando aplicación al artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante

Inconforme con la anterior decisión, presenta recurso de apelación parcial, asegurando que existe un yerro jurídico al ordenar el reintegro de los dineros pagados por compensación, trayendo erradamente una sentencia de unificación de 1 de marzo de 2018, que no contempla los mismos supuestos fácticos del presente asunto, y en cambio, desconoció lo decidido en sentencia de unificación de 4 de octubre de 2018 que ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de soldados muertos en combate y prohibió el reintegro de los dineros pagados como compensación.

Parte demandada

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que al momento del fallecimiento del causante, la normatividad que se encontraba vigente era el Decreto 2728 de 1968, motivo por el cual no debió accederse a las pretensiones de la demanda

Así mismo, alude que al estar frente a un caso de un miembro de las fuerzas militares, no habría lugar a dar aplicación al régimen general de pensiones, puesto que el régimen de las fuerzas militares se encuentra exceptuado de su aplicación, motivo por el que solicita que se revoque la

sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Además, aduce, no obra prueba de la dependencia económica de la madre.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 8 de abril de 2019 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes, y con providencia del 13 de mayo de 2019 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, haciéndolo ambas partes reiterando todos y cada uno de los argumentos expuestos en las intervenciones anteriores.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal Administrativo del Tolima de conocer en segunda instancia el presente asunto, conforme a lo dispuesto por el artículo 153 del C.P.A.C.A.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El problema jurídico de fondo a resolver, se contrae a establecer si estivo acertada la decisión del A Quo, al haber ordenado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su hijo el Cabo Segundo Ivan de Jesús Marín Londoño (q.e.p.d), debiendo descontar lo pagado por concepto de compensación, o si por el contrario no le asiste derecho a reconocimiento pensional que depreca, por no ser la normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante.

PRECEPTOS NORMATIVOS APLICABLES AL CASO

Conforme a lo relacionado en líneas anteriores, se tiene que el señor Ivan de Jesús Marín Londoño (q.e.p.d), ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia, desde el 19 de septiembre de 1991 hasta el 17 de agosto de 1992 fecha en la que falleció al servicio del Ejército Nacional[1].

Ahora bien, teniendo en cuenta que el objeto de debate en el sub examine, es determinar qué régimen resulta aplicable, encuentra esta Corporación la necesidad de traer a colación la normatividad que regula esta prestación pensional, tanto para los miembros de las Fuerzas Militares, como para el personal que se rige bajo el Sistema General de Pensiones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que tal y como lo ha recalcado el Consejo de Estado, dando aplicación al principio de favorabilidad, este último régimen se puede aplicar siempre y cuando dentro del Régimen especial de las Fuerzas Militares, no exista alguna otra norma que sea beneficiosa, estudio que se procede a realizar.

[1] Ver hoja de servicios vista a folio 17 del expediente.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA COMO RÉGIMEN ESPECIAL.

Resulta pertinente advertir, que estamos frente al fallecimiento de un soldado voluntario, cuando prestaba sus servicios a las Fuerzas Militares de Colombia.

El Decreto 2728 de 1968, en su artículo 8 establecía que los causahabientes de los soldados que fallecieren durante la prestación del servicio, tendrían derecho a las siguientes indemnizaciones:

> *"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."*

Por su parte, el Decreto 1211 de 1990, normatividad vigente para el momento en que se causó el fallecimiento del señor Marín Londoño, establece las prestaciones que perciben los familiares, del miembro de la fuerza publica que fallezca al servicio de esta entidad.

Por lo cual, el artículo 189 de dicho Decreto establece, el reconocimiento pensional cuando el causante muere en combate, como es el sub exámine:

> *ARTICULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado.*
>
> *Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*
>
> *a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*
>
> *b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*
>
> *c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la*

> *cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*
>
> *d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto*

Posteriormente se profirió la Ley 447 de 1998, norma que regulaba la pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de las personas que fallecen durante la prestación del servicio militar, señaló:

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

Más adelante, el artículo 34 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 *«por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública»,* reiteró que el fallecimiento de una persona vinculada por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrido en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios, equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

La citada relación normativa evidencia que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que como se indicó, el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Posteriormente, dicha prestación fue regulada en el Decreto 4433 de 2004.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación[2], en la cual se trató la procedencia de la pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las Fuerzas Militares en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, concluyó que para la aplicación del principio de favorabilidad, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 12 de abril de 2018, Sección Segunda. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(132115). CE-SUJ-SII 010-2018.

- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad.

En este sentido, si un soldado conscripto fallece en combate cuando no se encontraban vigentes la Ley 447 de 1998 o el Decreto 4433 de 2004, el asunto no puede ser estudiado bajo el amparo de esta normatividad y como quiera que el Decreto 2728 de 1968 solo reguló una serie de prestaciones tales como ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero, reconocimiento y pago 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado y pago doble de la cesantía, sin tener dentro de sus previsiones la pensión de sobrevivientes, se ha analizado si deben aplicarse las disposiciones generales o las especiales vigentes al momento del fallecimiento del causante, con el fin de verificar cuál es la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Se habla del régimen general, toda vez conforme se analizó en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 18 de abril de 20183, proferida por esta Sección, en la cual se estudió la procedencia de la pensión de sobrevivientes de un soldado regular fallecido en simple actividad, a la luz de la Ley 100 de 1993, así dicho régimen no haya sido invocado en la demanda, en virtud de los principios de iura novit curia y favorabilidad

El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 contempló distintos tipos de prestaciones para las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Así, en el artículo 46 consagró la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera: i) «los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca y ii) los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

> *a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*
>
> *b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

Los requisitos para obtener la aludida prestación, fueron modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al disponer que tendrán derecho las siguientes personas: «1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

> *a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;*
>
> *b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.*
>
> *Parágrafo 1˚. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas*

[3] Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15).

> *mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*
>
> *El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.*
>
> *Parágrafo 2°. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 20034. […]» (Negrillas fuera de texto)*

Respecto a este artículo, en sentencia de unificación[5] se señaló:

> *«[…] es importante destacar que este prevé dos supuestos de hecho claramente diferenciables, como se ilustra a continuación:*
>
> *94. El primero hace alusión a la prestación que se deriva de la muerte de quien ya está pensionado sea por vejez o invalidez, la cual podría denominarse como la sustitución pensional propiamente dicha, toda vez que no se genera una prestación nueva, sino que se trata de la misma prestación que se pagaba al fallecido. Este supuesto está contemplado en el ordinal 1.º de la norma en comento.*
>
> *95. El segundo, se refiere a la prestación que reciben los beneficiarios con ocasión del deceso del pensionado, que encaja de manera más propia en la definición de pensión de sobrevivientes, y en la que se trata de una nueva prestación, supuesto que encaja en la previsión del ordinal 2.º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. […]».*

Así las cosas, se observa que la normativa señala dos supuestos de hecho: i) pensión de sobreviviente que es la prestación que se deriva de la muerte de quien ya está pensionado y, ii) prestación generada en virtud en razón del fallecimiento del afiliado, previo el cumplimiento de unos requisitos determinados.

Ahora bien, el Consejo de Estado[6], al referirse a las prestaciones que concede el Decreto 2728 de 1968, especialmente en relación con el ascenso póstumo, el cual si bien no tiene un carácter económico sí sirve como base para el reconocimiento de las prestaciones, señaló:

> *«[…] el ascenso póstumo es un reconocimiento con carácter honorífico para aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que han desplegado acciones de excepcional altruismo al servicio de la patria, y es que, precisamente, por definición gramatical, una de las acepciones de vocablo póstumo se refiere a «[…] Dicho de un acto, especialmente de un homenaje: Que se realiza después de la muerte de la persona a quien va dirigido»[7], de allí que lo pretendido por esta figura es enaltecer el mayor*

[4] El texto declarado inexequible regulaba que, si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.
[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 12 de abril de 2018, Sección Segunda. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(132115). CE-SUJ-SII 010-2018.
[6] *Ibidem*
[7] http://dle.rae.es/?id=TqjIDCn.

> *sacrificio que un miembro de la Fuerza puede hacer, esto es, el de entregar su vida durante el combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales que se comprometió a observar, situación que no se predica de la generalidad de las personas, sino que es propia de los miembros de aquellas instituciones. […]»*

Bajo dicho entendido, concluyó que el ascenso póstumo es un reconocimiento propio de los miembros de las Fuerzas Militares, toda vez que son precisamente los que están sometidos al riesgo que supone el combate, dentro de las funciones que les fueron asignadas para el cumplimiento de los fines del Estado y el virtud de ello, el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y por ende, a ser destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de ese personal.

De esta manera se tiene que en tratándose de soldados regulares fallecidos en combate, estos tienen el derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual contempla el ascenso póstumo.

Ahora por virtud de ese ascenso póstumo, el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y por ende a ser destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de ese personal, es decir Decreto 1211 de 1990 vigente al momento del deceso del causante.

En consecuencia, la normativa que se adapta el supuesto de hecho consistente en la muerte de un miembro 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 es el Decreto 1211 de 1990, pues son precisamente estos servidores los que están sometidos al riesgo especial que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, comprometen., atendiendo al principio de especialidad[8]

En este sentido, la sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018, al tratar la aplicación del Decreto 1211 de un soldado voluntario muerto en combate sostuvo que es procedente inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política[9], en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185:[10]:

> *«[…] 12. De lo anterior se colige que, en el presente caso y, en virtud de los principios de especialidad, protectorio, pro homine, igualdad y justicia, es procedente inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con*

[8] Entendido este según la sentencia de unificación precitada como «[…] la disposición que regula un asunto especial prevalece sobre aquella de carácter general, de ahí que se identifique con el aforismo latino *lex specialis derogat generali.* […]»

[9] «[…] Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. […]» (Subraya la Sala)

[10] Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero ponente: Sección Segunda. Radicación número: 05001233300020130074l-01 (4648-2015). CE-SUJ-SII 013-2018.

> *fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política*[11]*, en cuanto no señala el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados voluntarios muertos en combate para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185 de la misma que dispone «d.) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. […]», en porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 189, literal d.) ibidem, en cuanto prevé: «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 […]».*

Así pues, se concluye que el criterio hermenéutico de especialidad conduce a que sea el Decreto 1211 de 1990, la norma aplicable para los soldados regulares fallecidos en combate antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

DEL CASO CONCRETO

Para el caso sub - judice, observa la Sala que el señor Ivan de Jesús Marín Londoño (q.e.p.d), ingresó al Ejercito Nacional a prestar su servicio militar desde el 19 de septiembre de 1991 (Fl. 76), fecha en la que falleció, como consecuencia de un hostigamiento por el XXI frente de las FARC (Fl. 84):

> *"El día 17 de agosto de 1992, aproximadamente a las 17:30 horas en la vereda Aguas Claras, Inspección de la Marina, Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, una patrulla de la compañía "C" comandada por el Subintendente Guerrero Jimenez Jair, fue hostigada por un grupo de bandoleros del XXI Frente de las Autodenominadas Fuerzas Revolucionarias Comunistas (FARC) que operan en la región, habiendo fallecido como consecuencia de lo anterior el soldado MARIN LONDOÑO IVAN DE JESÚS, código 6111452, el mismo día a las 17:30 horas aproximadamente.*
>
> *De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, la muerte del soldado MARIN LONDOÑO IVAN DE JESUS, ocurrió en combate y por acción directa del enemigo en el mantenimiento del orden público."*

Mediante orden No. 201 de 21 de agosto de 1992 proferida por el Comando del Batallón de Infantería de Montaña No. 17 General José Domingo Caicedo, el soldado MARIN LONDOÑO fue dado de baja de los efectivos de la Unidad Táctica por defunción, como integrante del Quinto Contingente de 1991, con novedad fiscal 17 de agosto de 1992 (Fl. 82)

Se encuentra demostrado, que mediante Resolución No. 02553 del 17 de marzo de 1993, la entidad accionada le reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones sociales a favor de la señora ANA MARIA LONDOÑO GARZÓN, como madre del extinto Soldado MARIN LONDOÑO, folio 14 a 15 del plenario.

---

[11] Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

A través de Resolución No. 08434 de 13 de octubre de 1992 (Fl. 118 vto) el Ministerio de Defensa confirió ascenso póstumo al soldado IVAN DE JESÚS MARIN LONDOÑO al grado de Cabo Segundo con novedad fiscal 17 de agosto de 1992.

De igual forma, aparece demostrado que la demandante en su calidad de madre del occiso, elevó solicitud ante la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, siendo resuelta de manera negativa mediante la Resolución No. 3336 de 14 de septiembre de 2017, folios 143 a 145 del expediente.

Ahora bien, encontramos que para el momento en que sucedieron los hechos que originaron el presente proceso (17 de agosto de 1992), no había normatividad que regulara el tema pensional de los soldados que prestaban su servicio militar – soldado regular -; sin embargo, para dicha fecha estaba vigente el Decreto 1211 de 1990, que en su artículo 189 reconocía el pago de una pensión de sobrevivientes para los familiares de los oficiales o suboficiales de las fuerzas militares que fallecieran en combate y como quiera que al ser ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, hace procedente su aplicación.

> *"ARTICULO 189. **MUERTE EN COMBATE.** A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*
>
> *a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*
>
> *b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*
>
> *c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*
>
> *d. **Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto. (Subraya y negrilla fuera del texto)"***

En este sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia con radicación No. 73001-23-33-000-2013-00058-01(3791-13) del 17 de agosto del 2017, C.P: César Palomino Cortés, en un caso similar al bajo estudio, señaló lo siguiente:

> *"El artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, no consagró para los beneficiarios de los soldados muertos en combate, el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes, derecho del cual gozan los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en combate, conforme a las previsiones del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990. Así las cosas, en el presente caso puesto a consideración de la Sala, se hace imperioso sostener que no era procedente aplicar lo establecido en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, no solo por no prever en dicha preceptiva normativa 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 no era la vigente para el momento en que ocurrieron los hechos si* ***se observa que el señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez fue ascendido en forma póstuma como Cabo Segundo, es decir, paso a ser parte de los Suboficiales del Ejército Nacional; de tal forma que la norma aplicable para este caso, era la establecida en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuanto dicha normatividad consagra,*** *además de la compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, junto con el pago doble de las cesantías,* ***el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendido, en favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares****. (Negrilla y subraya fuera del texto)"*

Posteriormente, mediante sentencia de sentencia de unificación del 4 de octubre de 2018, al tratar la aplicación del Decreto 1211 de un soldado voluntario muerto en combate sostuvo que es procedente inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política[12], en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185:[13]:

> *«[…] 12. De lo anterior se colige que, en el presente caso y, en virtud de los principios de especialidad, protectorio, pro homine, igualdad y justicia, es procedente inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política[14], en cuanto no señala el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados voluntarios muertos en combate para en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 185 de la misma que dispone «d.) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. […]», en porcentaje liquidado de conformidad con el artículo 189, literal d.) ibidem, en cuanto prevé: «tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas*

---

[12] «[…] Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. […]» (Subraya la Sala)

[13] Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero ponente: Sección Segunda. Radicación número: 05001233300020130074l-01 (4648-2015). CE-SUJ-SII 013-2018.

[14] Artículo 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

de que trata el artículo 158 de este Decreto […]».

De conformidad con la sentencia de nuestro Órgano de Cierre, y al revisar el material probatorio del plenario, se vislumbra que el señor IVAN DE JESUS MARIN LONDOÑO mediante Resolución No. 08434 de 13 de octubre de 1992, fue ascendido en forma póstuma al Grado Cabo Segundo, encontrándose dentro del rango de suboficiales de las fuerzas militares, motivo por el cual al haber fallecido en combate y no haber acreditado más de doce (12) años de servicios, resulta pertinente dar aplicación al literal d), del Decreto 1211 de 1990, haciendo acreedores a su madre como única beneficiaria, hoy demandante, al reconocimiento y pago de una pensión mensual del 50% de las partidas señaladas en el artículo 158 del mencionado decreto mencionado**.**

Se precisa que, el pago se efectuará únicamente a favor de la señora Ana María Londoño Garzón, pues, acorde con el registro civil de nacimiento es obrante a folio 17 del expediente, es la madre y en el literal d del artículo 185 no se exige la prueba de la dependencia económica:

ARTICULO 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 dividir entre los padres así:

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

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

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

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

- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. (Negrillas fuera de texto)

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

> *- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

Adicionalmente, se advierte que la misma entidad accionada al reconocerle el pago de prestaciones sociales mediante Resolución No. 02553 de 17 de marzo de 1993, fundamentada en declaraciones aportadas por la demandante, surtidas ante notario por los señores Aldehur Sepúlveda Agudelo y Maria Luz Stella Ortiz, concluyó que no existían otros beneficiarios distintos a la señora Ana María Londoño Garzón, quienes indicaron incluso que dependía económicamente de su hijo. Además se encuentra probado que el padre, señor Pedro José Marín falleció el 5 de julio de 1983 (Fl. 123)

Frente al tema de la **prescripci**ón, encontramos que el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 174, señala que los derechos consagrados en dicho estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contaran desde la fecha en que se hicieron exigibles.

En el caso en concreto, los demandantes peticionaron el reconocimiento de la prestación reclamada el 18 de julio de 2017 (Fl. 4-5), en consecuencia como lo señaló el Juez de primera instancia, los derechos causados con anterioridad al **18 de julio de 2013,** se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, en cuanto a la devolución de las sumas pagadas por compensación por muerte, deberá REVOCARSE en este punto la decisión de primera instancia, en tanto las mismas no resulta ser incompatibles con la pensión de sobrevivientes, así lo ha considerado el H. Consejo de Estado en sentencia del 19 de enero de 2015, expediente Nro. 13001-23-33-000-2012-00159-01 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren:

> *"(…)*
> *De acuerdo con lo anterior, la indemnización por muerte del Agente y las cesantías dobles,* ***no son incompatibles con la pensión de sobrevivientes, pues el derecho a recibir las dos primeras se causa con el hecho del fallecimiento****, independientemente de que haya lugar al reconocimiento del segundo (pensión de sobrevivientes) para el cual se exige además que el causante haya prestado sus servicios por 12 años.*
>
> *Por lo anterior, la Sala no encuentra justificada la obligación impuesta de restituir las sumas pagadas por concepto de indemnización por muerte del causante, máxime cuando la indemnización objeto de discusión, fue reconocida mediante acto administrativo, Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y por ende conserva plena validez (…)".*

Adicionalmente, mediante sentencia de unificación de 4 de octubre de 2018, Expediente 4648-2015, al estudiar la pensión de sobreviviente de soldado voluntario en combate, a quien también debía aplicarse el Decreto 1211 de 1990, como ocurre en el presente caso, señaló:

> *"De otra parte, no se ordenará descuento alguno por concepto de compensación y cesantías dobles, como quiera que no existe incompatibilidad entre las prestaciones por muerte en combate reconocidas en la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 y las que se ordena reconocer en virtud del Decreto 1211 de 1990, sino que contrario a ello, se presenta identidad entre aquellas. Tal como se explicó en las reglas de unificación, al señalarse que por tratarse de una muerte en combate y de la aplicación del régimen propio de las Fuerzas Militares y no el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, no es dable la realización de los descuentos."*

En consecuencia, y de acuerdo a los argumentos esbozados anteriormente se **CONFIRMARA PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, debiendo MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva eliminando lo relacionado con el descuento por compensación por muerte, el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer a favor de la señora ANA MARIA LONDOÑO GARZÓN, pensión mensual de sobreviviente equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, como beneficiaria del Cabo Segundo (póstumo) IVAN DE JESUS MARIN LONDOÑO (q.e.p.d.)*
>
> *Tal reconocimiento lo será a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, el 17 de agosto de 1993, pero con efectos fiscales a partir del 18 de julio de 2013, en razón a la prescripción, conforme a lo considerado en precedencia."*

DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, condénese en costas de esta instancia a la parte demandada. Liquídense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P, siempre y cuando se encuentre demostradas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.
De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 18 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué, debiendo MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva eliminando lo relacionado con el descuento por compensación por muerte, el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer a favor de la señora ANA MARIA LONDOÑO GARZÓN, pensión mensual de sobreviviente equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, como beneficiaria del Cabo Segundo (póstumo) IVAN DE JESUS MARIN LONDOÑO (q.e.p.d.)*
>
> *Tal reconocimiento lo será a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, el 17 de agosto de 1993, pero con efectos fiscales a partir del 18 de julio de 2013, en razón a la prescripción, conforme a lo considerado en precedencia."*

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

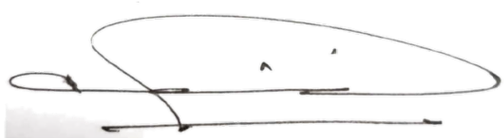
TERCERO.- Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19 y el mantenimiento del orden público, y el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado
- Aclara voto -



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Escrito 5 Sección Primera
Tribunal Administrativo De 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: **f18a9d7063ccbbb70091f3e031f88f7d3fc0206e8128bccf3418f5491b56a942**
Documento generado en 31/08/2021 06:41:45 AM