

Señor
JUEZ ADMINISTRATIVO DE POPAYAN – REPARTO
E. S. D.

REF: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ contra LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL.

Soy RICARDO PALMA LASSO, mayor de edad, domiciliado y residente en Palmira (V), identificado como aparece al pie de mi firma, Abogado Titulado con Tarjeta Profesional No.160012 del Consejo Superior de la Judicatura, con el debido respeto, mediante el presente escrito y obrando conforme al PODER ESPECIAL que adjunto, actúo en calidad de apoderado judicial de la señora **SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ**, también mayor de edad, vecina de Nuquí - Choco, identificada con la cédula de ciudadanía No.31.144.058 expedida en Palmira (V), en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demando el **Acto Administrativo contenido en la RESOLUCION No. 3025 de fecha 19 de junio de 2014**, por el cual se declara que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobreviviente, con ocasión del deceso del Cabo Tercero (póstumo) del Ejército Nacional **NORBEO TAMAYO**, hijo de la accionante, contra **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL**, representadas legalmente por el Doctor LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRI o por quien haga sus veces en calidad de Ministro de Defensa y, así mismo por el General ALBERTO JOSÉ MEJÍA FERRERO o por quien haga sus veces, quien funge en calidad de Comandante del Ejército Nacional de Colombia, las entidades accionadas tienen su domicilio en la CARRERA 54 No. 26 – 25 CAN – PBX: (57 -1) 3150111 – BOGOTA respectivamente, así mismo, con citación y audiencia del Ministerio Público, al señor Juez de conocimiento de conformidad con el trámite dispuesto en el **Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, ruego profiera estas o parecidas:

I. DECLARACIONES y CONDENAS

1. Que se DECLARE la nulidad del Acto Administrativo contenido en la RESOLUCION 3025 de fecha 19 de junio de 2014, proferido por la señora ASTRID ROJAS SARMIENTO, Directora Administrativa del

Ministerio de Defensa Nacional, por el cual declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobreviviente, con ocasión del deceso del Cabo Tercero (póstumo) del Ejército Nacional **NORBEY TAMAYO** (q.e.p.d.), hijo de la accionante SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ.

2. A título de restablecimiento del derecho ruego profiera CONDENA a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, en la que disponga se reconozca y pague a la señora progenitora del causante SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ, la pensión de sobreviviente y que en adelante se nombre en su favor la aludida prestación económica en tanto subsistan las circunstancias fácticas y de derecho que la constituyen, lo anterior, con fundamento en los principios Constitucionales de la IGUALDAD MATERIAL, DIGNIDAD HUMANA, SEGURIDAD SOCIAL, FAVORABILIDAD Y CONDICION MAS BENEFICIOSA, contenidos en los artículos 4, 13, 48, 53, 220 de nuestra Constitución Política, en relación con las normas vigentes al momento del acaecimiento de los referidos hechos.
3. Que se reconozca y pague la pensión de sobreviviente de manera retroactiva, esto es, a partir del día primero (1°) de enero del año 2002, fecha del fallecimiento del causante NORBEY TAMAYO. Debiéndose incorporar las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre por cada anualidad causada (14 mesadas).
4. Que el monto de la mesada pensional sea actualizado y/o indexado a partir del año 2002 en adelante hasta la fecha que se reconozca y se realice el pago cierto y efectivo de la prestación económica.
5. Condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL a reintegrar a la parte actora todas las sumas que se generen con ocasión del presente proceso, por concepto de gastos y costas procesales.
6. Que se dé cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.
7. Que se reconozca la personería adjetiva de rigor.

II. HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTOS DE LA ACCION

- 1°. De conformidad con las pruebas documentales que se adjuntan, el señor NORBEY TAMAYO, nació el día veinte (20) de marzo del año 1.978, siendo su progenitora la señora accionante SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ.
- 2°. El señor NORBEY TAMAYO, lamentablemente falleció el día primero (1°) de enero del año 2.002.
- 3°. Para la fecha del fallecimiento, NORBEY TAMAYO (q.e.p.d.) se encontraba vinculado al Ejército Nacional de Colombia en calidad de soldado profesional, prestó sus servicios militares estando adscrito al Batallón de Infantería No.7 General José Hilario López – BILOP 7, con sede en la ciudad de Popayán – Departamento del Cauca.
- 4°. Asevera y sostiene la señora accionante, que durante los días treinta y uno (31) de diciembre del año 2001 y el día primero (1°) de enero del año 2.002, ante una arremetida subversiva, guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), inicialmente atacaron de manera simultánea las poblaciones de COCONUCO y PURACÉ en el Departamento del Cauca.
- 5°. Que en apoyo y defensa de la población civil y de los miembros de la Policía Nacional asentados en Coconuco Cabecera Municipal de Puracé, un convoy militar que se desplazaba a la altura de la vereda “Casas Nuevas” en jurisdicción del Municipio de SOTARÁ/PAISPIAMBA, desafortunadamente entró a un campo minado instalado por los susodichos terroristas, causando el deceso no solamente del extinto NORBEY TAMAYO hijo de la accionante, sino también a varios de sus compañeros como los señores: LUIS RODRIGO CALDON MANQUILLO, JOHN ALEXANDER SALAZAR MANQUILLO, JOSÉ RUBEN SOLARTE MOSQUERA, FABIAN GOYES UNIGARRO, JOSE MILCIADES CAMPO CAMPO y JOSÉ ABILIO ROSERO, todos soldados profesionales adscritos a la unidad militar referida (q.e.p.d.).
- 6°. La accionante SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ, dependía económicamente para su sustento del fallecido NORBEY TAMAYO, quien se encargaba de la manutención y cuidados de su señora madre.
- 7°. Mediante escrito radicado en la oficina de correspondencia del Comando del Ejército Nacional, en relación con el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, el día **dieciocho (18) de febrero del año**

2.014, agotó la vía gubernativa ante la Dirección Administrativa de Prestaciones Sociales de la accionada entidad.

- 8°.** La Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, mediante acto administrativo contenido en la Resolución No.3025 de fecha 19 de junio del año 2.014, resolvió de manera desfavorable la solicitud de pensión de sobreviviente interpuesta por la accionante, funda su negativa al sostener que la Ley 131 de 1985 en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 normas vigentes al momento de los hechos, no consagra el reconocimiento pensional con ocasión de la muerte del personal de Soldados, Grumetes e infantes de Marina de las Fuerzas Militares.
- 9°.** Sostiene la accionante que a la fecha de la presente acción, no existe otra persona con igual o mejor derecho para pretender la declaración judicial, en calidad de beneficiaria, en relación con el reconocimiento y pago de la prestación económica objeto de esta acción.
- 10°.** Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios, artículo 180 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012.

III. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION

3.1. Agotamiento de la Vía Gubernativa

Se agotó la vía gubernativa a través del derecho de petición, con la respuesta que se adjunta a la demanda.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con el Acto Administrativo contenido en el RESOLUCION 3025 de fecha 19 de junio del año 2.014, proferido por la señora Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, se resuelve NEGAR el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la que es derecho mi prohijada la señora SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ, quien en calidad de madre del fallecido soldado solicitó su reconocimiento en razón a la dependencia económica del militar, considera la accionante que en su calidad de beneficiaria se le está conculcando el derecho a suceder al causante en la prestación económica objeto de esta acción, que como natural consecuencia también se vulnera el mínimo vital y móvil, igualdad material, seguridad social, su condición de mayor

adulto como quiera que goza de la protección especial según el estatuto Constitucional.

En ejercicio de su derecho de acción, la actora ruega al señor Juez declare, con fundamento constitucional en los principios de la IGUALDAD MATERIAL, DIGNIDAD HUMANA, FAVORABILIDAD LABORAL, SEGURIDAD SOCIAL, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION contenidos en los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 220 de nuestra Constitución Política, que mi poderdante SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ es derecho a al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

4.1. NORMAS VIOLADAS

- El Preámbulo y los Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 220 de la Constitución.
- Artículo 1º Ley 447 del 21 de julio de 1998.
- Artículo 3º Ley 131 de 1985.
- Artículos 37, 39, 40 del Decreto 1793 de 2000.
- Ley 4 de 1.992
- **Artículos 174, 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990.**
- El Decreto 1295 de 1994.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONCLUCADO:

- **Sentencia T-1043/12**

Cuarta. El derecho a la pensión de sobrevivientes, en el régimen especial de las Fuerzas Militares.

4.1. En múltiples oportunidades esta coporación se ha pronunciado sobre la figura de la pensión de sobrevivientes, destacando su importancia para la protección de los derechos fundamentales de una categoría especialmente vulnerable de personas: quienes deben soportar las cargas económicas derivadas de la muerte de un pensionado o trabajador de quien dependían para su sustento.

Así, ha explicado la Corte que el objeto de dicha pensión es proteger a la familia, puesto que a través de ella se garantiza a los beneficiarios, *“quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante- el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento”* del pensionado o trabajador¹; en tal sentido, se ha precisado que *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado, que al desconocerse puede significar... en una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*².

¹ Sentencia T-813 de octubre 3 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

² Sentencia C-002 de enero 20 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

4.2. Igualmente, se ha señalado que la pensión de sobrevivientes, provee el soporte material necesario para la satisfacción del mínimo vital de sus beneficiarios; ello sucede, entre otros casos, cuando el peticionario es una persona de avanzada edad o no tiene capacidad económica, distinta a la derivada del pago de la mesada pensional, para financiar su propia subsistencia en condiciones dignas³.

En otras palabras, en este tipo de situaciones el pago de la mesada pensional constituye el medio indispensable para la satisfacción del mínimo vital del interesado, y a través suyo, de sus demás derechos fundamentales, cuya materialización presupone la existencia de condiciones materiales mínimas que permiten a la persona vivir con dignidad, es por ello que en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, es procedente la acción de tutela para lograr su reconocimiento efectivo.

4.3. Es así, que por medio de la Ley 100 de 1993, el legislador estructuró el sistema de seguridad social integral cuyo objeto es “*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dicho sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro*”⁴.

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e)⁵ y 217⁶ de la carta política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el que se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁷.

4.4. Como ha precisado esta corporación, cuando se hace referencia a la expresión *régimen prestacional*, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud⁸.

4.5. Para efectos de analizar el asunto de la controversia, específicamente se realizará un recorrido por la regulación normativa de las prestaciones ocasionadas por la muerte de las personas que se encuentran prestando servicio militar dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares:

Al respecto, el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, estableció que:

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

³ T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴ Ley 100 de 1993, art. 1°

⁵ En dicho artículo se estableció: “*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: ... e. **Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.***” (No se esta en negrilla en el texto original).

⁶ Igualmente en la referida disposición se anotó: “*La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden*

*constitucional. **La Ley determinará** el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y **el régimen especial** de carrera, **prestacional** y disciplinario, que les es propio.*” (No se está en negrilla en el texto original).

⁷ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ En este sentido ver las sentencias: C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

A la muerte de un soldado o grumete en servicio activo causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero
A la muerte de un soldado o grumete en servicio, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo Segundo Marinero.”

Sin embargo, con el fin brindar una más adecuada y amplia protección en términos prestacionales a los beneficiarios del personal de las fuerzas armadas fallecido en cumplimiento del deber constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, se expidió el Decreto Ley 1211 de 1990, “*por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, el que fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998, donde en el artículo 185 se dispuso:

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

- a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.*
- b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.*
- c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:*
 - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.*
 - El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.*
- d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:*
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.*
 - 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 concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.*
 - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.*
 - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”*

Empero dicho artículo, no incluyó a los compañeros permanentes de los pensionados como potenciales beneficiarios de la sustitución pensional, únicamente se refería, en el literal (a), a los cónyuges supérstites.

4.6. Es por ello que a través del artículo 5° de la Ley 447 de 1998⁹, se prescribió:

“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 (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.”

Dicha norma anteriormente referida fue objeto de dos pronunciamientos de constitucionalidad: donde en la sentencia C-152 de marzo 5 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, esta corporación declaró exequible el artículo 5° de la Ley 447 de 1998¹⁰ sólo por los cargos entonces estudiados pero “*bajo la*

⁹ Diario Oficial N° 43.345 de julio 23 de 1998, Ley 447 de 1998 “*Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de los parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.*”

¹⁰ Dicho artículo establece: “*BENEFICIOS. Serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993. PARAGRAFO 1o. Establécese (sic) como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto*

condición de que si el fallecido durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene hijos que tengan derecho conforme al Decreto 1211 de 1990, éstos son los primeros llamados a recibir los beneficios establecidos en esa Ley”. De igual manera, se aclaró que no se podrá excluir “a la cónyuge o compañera permanente que tendrá derecho a la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993”. Y finalmente, declaró exequible el artículo 6^o¹¹ “bajo el entendido de que corresponde a una pensión, y como tal, se sujeta a las reglas generales en cuanto a la prescripción de las mesadas cuyo cobro no se realice a tiempo”.

Igualmente en providencia C-434 de mayo 27 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, esta Corte declaró la exequibilidad del artículo 1° de la mencionada ley, en el cual se disponía que dichas normas se aplicarán a partir de la entrada en vigencia de ésta a favor de los parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio de la norma, donde se argumentó que es constitucionalmente válido que el legislador defina, con base en sus propias consideraciones, la entrada en vigencia de dicha ley.

Además en este caso la Corte consideró, que revisado el régimen anterior fijado en el artículo 8° del Decreto 2728, el legislador consideró que existían nuevos condicionamientos que hacían insuficiente la indemnización consagrada en dicho régimen, por lo cual se hacía necesario contemplar uno nuevo, que fue el finalmente diseñado con la Ley 447 de 1998.

4.7. Ahora bien, una lectura detenida de los enunciados normativos transcritos nos permite evidenciar cómo, con la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 la figura de la pensión vitalicia opera exclusivamente para aquellos casos en los cuales la persona que presta el servicio militar obligatorio fallece en combate, pero esta Ley no estableció disposición alguna para regular aquellas muertes que ocurran simplemente en actividad. Por este motivo y con el fin de no desamparar completamente a los beneficiarios, para estos eventos el Ejército Nacional aún continúa aplicando el inciso tercero del artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, que dispone que para aquellas muertes ocurridas simplemente en actividad los beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo Marinero.

4.8. No obstante lo anterior, esta corporación al realizar la revisión del régimen descrito advirtió que, en tratándose de una muerte ocurrida simplemente en actividad, eventualmente puede presentarse un trato inequitativo e injustificado entre los beneficiarios de aquellas personas que fallecen prestando servicio militar obligatorio y los beneficiarios de quienes hacen parte de las Fuerzas Militares en calidad de oficiales y suboficiales.

4.9. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segundo, en fallo de julio 7 de 2011, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado 2161-09, se anotó que “*resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990¹², para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias*”.

A juicio de dicha Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, donde “*sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte*”.

Por ello, dicha corporación anotó en la sentencia anteriormente mencionada “*que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza*

Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6o. de esta ley.

PARAGRAFO 2o. La sustitución pensional de manera exclusiva, sólo podrá concederse entre un ascendiente al otro ascendiente o entre los padres adoptantes. No podrá desplazarse a otros parientes.”

¹¹ Dicho artículo dispone: “*PRESCRIPCION. Los derechos aquí consagrados prescriben en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria del hecho o acto administrativo.*”

¹² Decreto Ley 1211 de 1990, “*por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, según fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998.

Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto”.

Así, considero que no resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990, el que fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998, 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, respectivamente, *“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”.*

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”.*

Adicionalmente se indicó que con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 1998 finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares.

Por tal razón, de conformidad con el artículo 4⁴ de la Constitución Política, el Consejo inaplicó el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicó el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, *“toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública”*¹³.

Quinta. Principio de favorabilidad.

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*¹⁴

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto¹⁵.

⁴ *“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.”

¹³ Sobre el particular esta misma Sección en providencia de abril 1° de 2004, radicado 1994-2003, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, sostuvo que: *“Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos 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.”*

¹⁴ T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

— De otra parte nuestro Honorable Consejo de Estado de manera pacífica ha sostenido lo siguiente:

PENSION DE SOBREVIVIENTES DE SOLDADO MUERTO EN COMBATE – Reconocimiento. Derecho a la igualdad. Inaplicación del Decreto 2728 de 1968

Resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias. En atención a la aludida directriz jurisprudencial, en consonancia con el artículo 4 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2728 DE 1968 / DECRETO 1211 DE 1990

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho a la igualdad, Consejo de Estado, Subsección B, Rad. 2004-000832(2161-09), M.P., Gerardo Arenas Monsalve

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil doce (2012).-

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10)

Actor: ALICIA USUGA VALDERRAMA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S.

V. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Problema jurídico

Consiste en determinar si la señora SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ, es derechohabiente al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por cuenta de LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL.

5.1. DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO

Preámbulo y los artículos 1º; inciso 2º del Art. 2º; Art. 4; Art. 6; Art. 13; Art. 25; Art. 48; Art. 53; Art. 220 de la Constitución Nacional.

Desde el preámbulo constitucional se señala como fin de nuestra organización social y política, el asegurar a sus integrantes, el trabajo, la justicia, etc., dentro de un marco participativo que garantice un orden económico y social justo.

LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, mediante la promulgación del acto administrativo acusado, viola dicho preámbulo de la Carta Fundamental, por cuanto otorga un trato diferente al señor accionante con los demás soldados adscritos a la accionada entidad, como quiera estos gozan de un régimen prestacional en este aspecto más favorable según las voces imperativas del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

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.

El fundamento social de la Constitución Nacional es de estirpe participativa y solidaria está basado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, etc., como lo consagra el artículo 2º. Dentro de los fines esenciales del Estado está el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, es decir; la Administración a través de sus distintos órganos, tiene el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, debe por supuesto; adoptar medidas conducentes para tal fin, lo que no ha sucedido en este caso, porque la conducta adoptada por LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL ha sido **DISCRIMINATORIA** ni siquiera con otros sectores sino con sus hombre de fila castrense.

Artículo 4o. de la Constitución Nacional.- “...Es deber de los nacionales acatar la constitución y las leyes, (.....)”

De acuerdo a este precepto constitucional, todos los colombianos estamos obligados a cumplir la Constitución y las Leyes y con mayor razón, aquellos ciudadanos que tienen la categoría de Funcionarios Públicos y por ende, la responsabilidad de acatar la normatividad superior en el desarrollo de sus funciones.

Art. 6°. De la Constitución Nacional- “...Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”

En el caso en debate, se ha violentado en forma directa el anterior precepto constitucional, al desconocer flagrantemente el derecho que asiste a mi patrocinada. Se debe sancionar y condenar a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, al tergiversar en beneficio propio mecanismos legales tendientes a desconocer derechos laborales que hacen parte del patrimonio de la accionante, sea el caso, del reconocimiento y pago de su prestación económica.

Artículo 13 de la Constitución Nacional. “...Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertad y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión; opinión política o filosófica”

“El Estado promoverá las condiciones para que a igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados...”

Se viola el derecho a la igualdad, cuando la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, hace diferencia de trato, es discriminatoria la aplicación legal en consideración al grado de cada funcionario adscrito, cerneando principios constitucionales como la igualdad, favorabilidad y de acceso a la seguridad social.”

Artículo 53 de la Constitución Nacional.- “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e

*interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

(Subrayado fuera del texto)

Aquí tenemos el bastión para la plena defensa del derecho que ruega el actor sea judicialmente declarado en su favor, pues a la Luz de este principio y los de igualdad como también equidad, nuestro Honorable Consejo de Estado, ha edificado pacíficos y abundantes pronunciamientos que como los citados son precedentes y justifican la acción que se interpone ante esta instancia judicial.

Finalmente, nuestra Corte Constitucional ha reiterado la preponderancia de los principios Constitucionales a partir de la carta de 1991, esto es, los principios de igualdad material, el principio de favorabilidad y aún de raigambre Constitucional el derecho fundamental a la seguridad social, como se determina en las voces del artículo 48. De manera que en torno a la prestación económica que mediante esta acción se persigue, esto es, la pensión de sobreviviente, es claro que la muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

Con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuyo propósito, no es otro que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

En este contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto de general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil.

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Como es el caso de mi patrocinada, entonces, es claro que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.

Sobre este particular la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”.

Así mismo debe decirse, que la noción de contingencia derivada por la muerte de un empleado no es ajena al régimen prestacional aplicable a las Fuerzas Militares. Como se ha dicho, de la manera **PROGRESIVA** los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, establecen en cada caso concreto una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los soldados regulares y los oficiales y suboficiales muertos en desarrollo de actos propios del servicio, entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobreviviente.

POR LAS ANTERIORES EXPLICACIONES SE RUEGA SE ACCEDA FAVORABLEMENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL:

SALA SEGUNDA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE: GONZALO ZAMBRANO VELANDIA

MEDELLÍN, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014)

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -LABORAL-**
Demandante: **JOSÉ ADALBERTO MONTOYA Y OTRA**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**
Radicado: **05001333302420120007101**
Instancia: **SEGUNDA**

Asunto: **SENTENCIA N° S2-425-Ap**

Tema:

Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. Compensación por Muerte. Pensión de Sobrevivientes. Principio de Igualdad.

3.2.2. Línea Jurisprudencial.

“En el caso sub lite, los demandantes, señores JOSÉ ADALBERTO MONTOYA PÉREZ y ALBA LIRIA MARÍN OSPINA, pretenden se les reconozca la pensión de sobrevivientes a la cual consideran tener derecho en virtud del fallecimiento de su hijo CARLOS ALBERTO MONTOYA MARÍN como Soldado Voluntario del Ejército Nacional por acción directa del enemigo, pensión de sobrevivientes que equivaldría a lo que le correspondiera percibir a un Cabo Tercero, toda vez que con posterioridad al fallecimiento del arriba mencionado, el mismo fue ascendido a dicho grado, tal como lo dispone el el Decreto 2728 de 1968.

Ahora bien, la entidad accionada en la contestación de la demanda, señaló que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes, por cuanto al ser el causante un Soldado Voluntario, no tenía derecho a dicho beneficio, sino únicamente al consagrado en el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968.

Frente al tema el Honorable Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la norma precitada, donde, después de realizar una interpretación sistemática de la norma, concluyó que la estricta aplicación de esta disposición conllevaba al menoscabo del derecho constitucional fundamental a la igualdad, si se consideraba que el soldado fallecido en combate o por acción directa del enemigo obtenía el ascenso póstumo a Cabo Tercero, y el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 189 literal d), estableció que cuando los oficiales o suboficiales mueren en esas mismas condiciones, es decir, en combate o por acción directa del enemigo, los beneficiarios de los mismos tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, encuentra razón lógica para aplicar en estos casos el segundo precepto legal.

Así en sentencia del primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004)¹⁶, el Honorable Consejo de Estado, expresó:”

“...La pensión por muerte.

La negativa del Tribunal respecto de esta prestación se fundamentó en que al caso de muerte de los soldados no se aplicable el decreto 1211 de 1990, sino el decreto 2728 de 1968, que no establece el derecho a la pensión.

El recurrente se duele de que al exsoldado el Tribunal le hubiera dado ese trato y no el de suboficial, precisamente porque fue ascendido en forma póstuma a cabo segundo, según la resolución 5059 del 16 de agosto de 1991 del Ministro de Defensa Nacional (f.137-138 c#2).

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

¹⁶ *Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia del primero (1) de abril de dos mil cuatro (2004), Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, radicado 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03).*

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...”

En este mismo sentido, en sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)¹⁷, el Órgano de Cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“...El Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, en su artículo 8 determinó:

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

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

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

La normatividad en cita no consagra el derecho para los beneficiarios del soldado muerto de obtener una pensión de sobrevivientes, ya que sólo determina las prestaciones relacionadas en el artículo anterior.

A su vez, el Decreto 1211 de 1990, Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, consagra lo siguiente:

“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

¹⁷ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez De Páez, radicado 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05).

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.”.

El orden de beneficiarios al que se refiere la normatividad está consagrado en el artículo 185 ibidem de la siguiente manera:

“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 divide entre los padres así:
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
 - Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.
- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”.

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

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998 con el siguiente tenor literal:

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 (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.¹⁸

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

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

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

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

En relación con este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 1 de abril de 2004, Expediente No. 1994-03, M.P. Dr. Nicolás Pájaro, sostuvo lo siguiente:

(...)

De conformidad con la jurisprudencia en cita, los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate (fl. 2) tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo Segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).

(...)”

Finalmente, de manera concordante, en sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011)¹⁹, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

“...Sobre este particular, el Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”, en su artículo 8 establece a favor de los soldados en

¹⁸ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-03 de 27 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁹ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicado 700012331000200400832 01 (2161-2009).

servicio activo, muertos “por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público,” y sus beneficiarios, las siguientes prestaciones económicas:

(...)

De acuerdo con la norma transcrita, observa la Sala que el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y, el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier prestación pensional, entre ella la reclamada por el demandante, se encuentra excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

(...)

Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicaron como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

En punto de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional² ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

(...)

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida

² Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

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.

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

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

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4⁴ de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

(...)”

Conforme a la jurisprudencia antes citada, encuentra la Sala, que existe un trato diferenciado entre las prestaciones que son reconocidas en el Decreto 2728 de 1968 y las que son reconocidas en el Decreto 1211 de 1990, esto es, que para los Oficiales o

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

⁴ “**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.”.

Suboficiales que fallezcan en combate o por acción directa del enemigo, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en tanto, el Decreto 2728 de 1968, artículo 8º, consagró que el soldado en servicio activo que fallezca en combate o por acción directa del enemigo, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado, así como al pago doble de las cesantías, es decir que a los beneficiarios de los soldados no se les está reconociendo la prestación consistente en la pensión de sobrevivientes.

“Así pues, el Honorable Consejo de Estado, en cada una de las antes citadas sentencias, específicamente en la proferida el día siete (7) de julio de dos mil once (2011), en donde se recopilan las providencias del primero (1º) de abril de dos mil cuatro (2004) y del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), reconocen la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados regulares, en aplicación del principio de igualdad material, pues debe decirse en uno y otro caso –Decreto 2728 de 1968 y Decreto 1211 de 1990-, que tanto los Soldados como los Oficiales y Suboficiales, prestan sus servicios a las Fuerzas Militares y en caso de fallecimiento tendrían no sólo el derecho de ser ascendidos al grado inmediatamente superior, sino también al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios.”

(Negrilla fuera del texto)

VI. COMPETENCIA Y CUANTIA

Es competente el Juzgado Administrativo para conocer en Primera Instancia de esta demanda, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, por razón del lugar donde acaecieron los hechos que fue en jurisdicción del Municipio de Sotará en el Departamento del Cauca.

En relación con la cuantía, esta es razonada, congruente fáctica y jurídicamente estimada en relación con los hechos y pretensiones la estimo en suma superior a ochenta y nueve millones novecientos sesenta y ocho mil trescientos noventa y un pesos moneda corriente. (\$89.968.391.00)

ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA:

AÑO	SALARIO BASICO	PRIMA ANTIGUEDAD	SALARIO DEVENGADO	No. MESADA	TOTAL
2010	824.000.00	107.120.00	931.120.00	07	6.517.840.00
2011	856.960.00	111.404.00	968.364.00	14	13.557.107.00
2012	906.720.00	117.874.00	1.024.594.00	14	14.344.310.00
2013	943.200.00	122.616.00	1.065.816.00	14	14.921.424.00
2014	985.600.00	128.128.00	1.113.728.00	14	15.592.192.00
2015	1.030.960.00	134.025.00	1.164.984.00	14	16.309.776.00
2016	1.103.128.00	143.406.00	1.246.534.00	07	8.725.742.00
TOTAL RETROACTIVO PENSIONAL					89.968.391.00

DECRETO NÚMERO 1794 DE 2000

(Septiembre 14)

Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

VII. PROCEDIMIENTO

El trámite que se deberá seguir para este proceso, es el procedimiento consagrado en el Título V artículo 159 y SS del C.P.A.C.A.

VIII. PRUEBAS

8.1. PETICION PREVIA DE PRUEBAS

Su señoría, en derecho fundamento esta petición conforme a lo reglado en el numeral primero (1°) y segundo (2°) del artículo 166 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, norma concordante con lo versado en los artículos 164, 169 y 170 de la Ley 1564 de 2012. Así:

1. Requierase su señoría al señor representante legal o quien haga sus veces de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, en sus oficinas ubicadas en la CARRERA 54

No. 26 – 25 CAN BOGOTA D. C., teléfonos 3150111, para que con destino a este proceso, haga llegar:

- Copia del **EXPEDIENTE MDN No. 2186 de 2012, estructurado con ocasión del fallecimiento del soldado NORBEY TAMAYO, quien se identificó con la cédula No.4.846.917.**
- Copia de todos y cada uno de los actos administrativos por los cuales se efectuó el reconocimiento y pago prestacional, con ocasión y causa del lamentable fallecimiento del soldado NORBEY TAMAYO, quien se identificó con la cédula de ciudadanía No.4.846.917, determinando porque concepto.
- Certificación y/o copia de la hoja de servicios que da cuenta de la vinculación y circunstancias personales, familiares y del servicio del occiso NORBEY TAMAYO.
- Certifique el fondo y/o administradora de pensiones (invalidez, vejez y muerte) a la que se encontraba afiliado, de conformidad con los artículos 39 y 40 del Decreto 1793 de 2000, vigente a la fecha del fallecimiento del soldado NORBEY TAMAYO, cédula de ciudadanía No.4.846.917 que fue el día primero (1°) de enero de 2002.
- Certifique el salario base de liquidación y las partidas a las que era derecho y finalmente el salario devengado al momento del deceso del señor NORBEY TAMAYO, cédula de ciudadanía No.4.846.917 que fue el día primero (1°) de enero de 2002.

8.2. DOCUMENTALES

- Copia simple cédula de ciudadanía de SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ. (Un folio)
- Registro civil de nacimiento de SONIA LUCILA. (Un folio)
- Registro civil de nacimiento de NORBEY TAMAYO. (Un folio)
- Registro civil de defunción de NORBEY TAMAYO. (Un folio)
- Certificado de Necropsia Médico Legal. (Un folio)
- Certificación empresa mensajería entrega correo. (Un folio)
- Guía envío correo certificado No.5045660. (Un folio)
- Derecho petición que agotó vía gubernativa. (Tres folios)
- Oficio radicado No. 20145370186811: MDN-CGFM-CE-DIPSO-FALL-22.1. (Un folio)

- Copia resolución No. 3025 de fecha 19 de junio de 2014. (Tres folios)
- Copia solicitud inhumación. (Un folio)
- Variación Histórica IPC. (Un folio)

IX. ANEXOS

1. Poder especial que me ha conferido la accionante
2. Los relacionados en el acápite de las pruebas.
3. Original y copia de esta demanda para el Juzgado, Ministerio Público, Agencia Nacional para la Defensa del Estado, traslado de las entidades accionadas, todas con sus anexos y un CD.

X. NOTIFICACIONES

- LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Carrera 54 No. 26 – 25 CAN, teléfono 3150111 en Bogotá D.C.
Email: usuarios@mindefensa.gov.co
- AI EJÉRCITO NACIONAL de Colombia en la **Carrera 54 No. 26 – 25 CAN – Bogotá D.C.** Email: atencionciudadanaejc@ejercito.mil.co
- A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, calle 70 No. 4 – 60 Bogotá D.C., teléfono 2558955, correo electrónico, agencia@defensajuridica.gov.co
- A la señora SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ, en la Calle 51A No. 31A – 57 en Palmira. Celular 3108497143.
- Al suscrito abogado, en la secretaria de su despacho o en mi domicilio de la CALLE 30 No. 27 – 55, teléfono 273 59 59, 286 78 47 en Palmira, celulares 312 232 14 99, 317 543 59 66. Correo electrónico ricardopalmalasso@gmail.com.co

Atentamente,

Abogado. RICARDO PALMA LASSO
C. C. No.12.984.644 expedida en Pasto
T. P. No.160012 del Consejo Superior de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Jurisdiccional
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Santiago de Cali – Valle

DESPACHO : JUZGADO AD/MITIVO CTO. POPAYAN - REPARTO

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DERECHO

DEMANDANTE : SONIA LUCILA TAMAYO SANCHEZ
C.C. No. 31.144.058

APODERADO : RICARDO PALMA LASSO
C.C. No. 12.984.644

DEMANDADO : LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
- EJERCITO NACIONAL

Numero Único de Radicación

--

Ciudad Corporación Especialidad Despacho Año Numero de Radicación Recurso

TOMO: FOLIO: CUADERNO:

Fecha de Radicación:

Observaciones
