



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tl: 824313.
Email: J06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de noviembre de 2021

Sentencia No. 205

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Procede el Despacho conforme a la Ley 2080 de 2021, a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por los señores JOSE ANTONIO GARZON y MARIA JESÚS GUEVARA COAJI en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, se elevan las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 5336 del 15 de noviembre de 2019, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la parte actora, por ser violatorio de la Constitución y la Ley.
2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordenen a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor de los actores en calidad de padres del extinto SLV. DILMAN LIZARDO GARZÓN GUEVARA, con retroactividad al día siguiente de su muerte que data el 30 de abril de 2002.
3. Como consecuencia, de las anteriores declaraciones se condene a la accionada a reconocer y pagar a la parte actora por intermedio de su apoderado o quien represente sus derechos, la pensión de sobrevivientes vitalicia tipificada en el artículo 189 literal d del decreto 1211 de 1991, como lo estipula la sentencia de unificación del Consejo de Estado No. CE-SUJ-SII-013-2018 del 4 de octubre de 2018 aplicable al asunto de referencia. Sin ordenar ningún tipo de devolución y, que el salario base

¹ Folio 1-14 Expediente electrónico- Documento No. 02.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

de liquidación sea equivalente al 50% de las partidas que trata el artículo 158 del Decreto 121/90.

4. La condena sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, aplicándose los ajustes de valor (indexación) hasta la fecha de ejecutoria.
5. Se condene en costas a la entidad accionada.
6. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
7. Si no se efectúa el pago en forma oportuna la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del CPACA.

1.1. Hechos que sirven de fundamento.

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

El señor DILAN LIZARDO GARZÓN GUEVARA (Q.E.P.D), identificado con cédula de ciudadanía No. 76.297.495, fue incorporado legalmente en el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional como soldado regular (SLR) el día 08 de enero de 1997, posteriormente fue nombrado como soldado voluntario (SLV) el día 15 de agosto de 1998, prestando sus servicios continuamente hasta el día de su muerte el día 11 de julio de 1999.

El (SLV) GARZÓN GUEVARA, pertenecía al batallón de contraguerrilla No. 3 "Primero de Numancia", acantonado para la época en la ciudad de Popayán y, los hechos de la muerte sucedieron en la vereda San Antonio Municipio de Caldono en el Departamento del Cauca, último lugar de servicios. El deceso fue calificado por la institución: en combate.

Señala que, como resultado de la calificación como en combate, en cumplimiento del artículo 8 del decreto 2728 de 1968 fue ascendido póstumamente por la entidad demandada al grado de cabo tercio, según resolución No. 000701 de 23 de julio de 1999.

Refiere que, al momento de la muerte del señor DILAN LIZARDO GARZÓN GUEVARA, era soltero y no tenía hijos. Que, los señores JOSE ANTONIO GARZON y MARIA JESÚS GUEVARA COAJI, son sus padres, quienes fueron reconocidos para el pago de sus prestaciones sociales según la Resolución No. 02784 del 23 de junio de 2000.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Indica que los actores, solicitaron ante la coordinadora grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el día 10 de octubre de 2019.

Mediante la Resolución No. 5336 de 15 de noviembre del 2019, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada, al respecto indicó:

“ARTÍCULO 1: Declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión por muerte, con ocasión del deceso del cabo segundo (póstumo) del Ejército Nacional GARZON GUEVARA DILAN LIZARDO, con código militar No. 76.297.495...”

Refiere que la accionada violó los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad al negar la solicitud pensional, debiéndose dar aplicación al Decreto 1211 de 1990 artículo 189, dejándose de aplicar el Decreto 2728 de 1968 que, aun siendo una norma especial, es desfavorable porque no contiene la prestación comprendida.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

Señaló como normas violadas:

Constitución Política: los artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53.

Legales:

- CST. Artículos 1, 19 y 21.
- Decreto 1211 de 1990: artículos 1, 2, 5, 185 y 189 literal d.
- CPACA: 83 y 161.

Como concepto de violación expuso lo siguiente:

Aduce que, el acto administrativo demandado, al haber negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y demás prestaciones sociales, expone una violación flagrante al principio constitucional de igualdad y favorabilidad, y un desacato a la sentencia de unificación jurisprudencial No. SU-CE-SUJ-SII-013-2018 de 4 de octubre de 2018, que contiene supuestos fácticos y jurídicos, donde manifestó la obligación que le asiste al Ministerio de Defensa Nacional, de aplicar el principio de referencia y bajo este reconocerle la pensión de sobrevivientes y demás prestaciones sociales de acuerdo a su grado póstumo, de conformidad con el decreto 1211 de 1990, sin ordenarle a los beneficiarios de la pensión reconocida que devuelvan los dineros que fueron pagados como compensación. Debiéndose aplicar en forma preferente sin tener en cuenta el decreto 2728 de 1968 por ser desfavorable e injusto.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

2.- Contestación de la demanda².

La apoderada de la accionada, se opone a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 5336 del 15 de noviembre de 2019, se expidió de conformidad con la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, normas legales y vigentes para el momento de los hechos, por lo que el mismo no adolece de nulidad alguna, máxime cuando fue expedido por solicitud propia de la parte interesada quien no logra establecer razones de hecho y derecho que hacen a la entidad accionada objeto pasivo de la acción mediante la que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente solicitada.

Señala que a los actores no les asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su hijo, toda vez que el régimen prestacional aplicable al caso concreto no contempla dicho reconocimiento para los beneficiarios legales del uniformado fallecido.

Refiere que el señor GARZÓN GUEVARA, estaba adscrito al Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario, bajo el régimen prestacional establecido en el decreto 2728 de 1968 y en ese orden de ideas, no es procedente reconocer pensión alguna a los familiares del causante, que, si bien es cierto, que mediante la resolución acto administrativo motivado el soldado, fue ascendido póstumamente al grado cabo segundo, debe entenderse que dicho ascenso lo hizo la institución de manera honorífica, únicamente para honrar la memoria de quien fallece defendiendo la soberanía del Estado, por lo que no le asisten los mismos derechos que normalmente tiene el suboficial que cumple con los requisitos que establece el Decreto 1211 de 1991.

Señala que no procede la aplicación del Decreto 1211 de 1990, toda vez que dichas normas consagran las prestaciones económicas para los beneficiarios de oficiales y suboficiales activos de las Fuerzas Militares que mueren en combate, y a ese grupo no pertenece el occiso, como quiera que para la época de su muerte no ostentaba ningún grado de Suboficial, pues estaba adscrito en calidad de Soldado Voluntario del Ejército Nacional.

Como excepciones formuló:

- Improcedencia del derecho reclamado.
- No dependencia económica de los demandantes, incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente- precedente jurisprudencial.
- La calidad de heredero no implica tener calidad de beneficiario ni tener dependencia económica.

² Folio 1-24 Expediente electrónico- Documento No. 11.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

- Incompatibilidad entre prestaciones.
- Innominada.

3. Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 12 de diciembre de 2019, ante la oficina judicial de reparto³, correspondiéndole a esta judicatura, la cual fue admitida mediante auto interlocutorio No. 033 de 22 de enero de 2020. La notificación de la demanda a las accionadas se surtió el día 24 de febrero de 2020⁴.

Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez se corrió traslado de las excepciones propuestas⁵, mediante auto interlocutorio No. 1145 de 10 de noviembre de 2021⁶, en virtud de la Ley 2080, dado que en el presente asunto no había pruebas por practicar se dispuso correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión si así lo consideraban, y a la agente del Ministerio Público para que presentara concepto, a fin de dictar sentencia anticipada.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. De la parte actora⁷.

El apoderado de la parte actora, ratifica las pretensiones de la demanda e insiste en dar aplicación a lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia No. CE-SUJ-SII013-2018 de 04 octubre de 2018. Así como la no procedencia de la devolución de los dineros pagados como compensación a los padres de los soldados muertos en combate.

4.2. Del Ejército Nacional.

La entidad accionada no presentó alegatos de conclusión.

5. Concepto del Ministerio Público.

No se pronunció en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales.

³ Folio 1 Expediente electrónico- Documento No. 01.

⁴ Folio 1-2 Expediente electrónico- Documento No. 10.

⁵ Obra registró en el Sistema de Información Justicia Siglo XXI.

⁶ Folio 1-3 Expediente electrónico- Documento No. 15.

⁷ Folio 1-4 Expediente electrónico- Documento No. 17.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, como en el caso bajo estudio, no están sujetos a la regla de caducidad, y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el cabo segundo (P) DILAN LIZARDO GARZON GUEVARA, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico.

Le corresponde al Juzgado determinar ¿Si los señores MARIA JESUS GUEVARA COAJI y JOSE ANTONIO GARZON, tienen derecho o no, al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en calidad de padres del extinto SLV DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA (cabo póstumo), en aplicación al decreto 1211 de 1990 y, en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución No, 5336 del 15 de noviembre de 2019, que negó la misma?

3.- Tesis del Despacho.

Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios y los soldados profesionales fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el Decreto 1211 de 1990, por ser el régimen especial vigente a la fecha de su fallecimiento y el que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

El Despacho observa que no obra prueba que demuestre que el extinto DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA, contrajo matrimonio, tenía compañera permanente o tuvo hijos. Así mismo, no es necesario acreditar dependencia económica de los beneficiarios del causante (padres), toda vez que, el Decreto 1211 de 1990, no constituye tal exigencia, para el reconocimiento de las prestaciones por muerte en combate.

Por lo anterior, esta judicatura considera que los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSE ANTONIO GARZON, tienen derecho al reconocimiento y pago de

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

una pensión de sobreviviente en calidad de padres del Cabo Segundo (P) DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA, quien falleció en combate el 08 de abril de 1999, pensión prevista en el Decreto 1211 de 1990, al acreditarse los requisitos establecidos en el artículo 189 literal d. Entendiéndose que todas las mesadas generadas con anterioridad al 07 de octubre de 2015, se encuentran prescritas.

4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable.

4.1. De la pensión de sobrevivientes.

El artículo 48 de la Constitución Política dispuso que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

La Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar⁸.

Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Así, los artículos 46 y 47 ibídem, exponen:

"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

⁸ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

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) <Literal INEXEQUIBLE>

b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas 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 párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”

Cabe destacar que la normatividad referida, prevé dos supuestos de hecho claramente diferenciables, como se ilustra a continuación:

El primero hace alusión a la prestación que se deriva de la muerte de quien ya estaba 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.

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.

Por su parte la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 ibídem, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e.) y 217 de la Constitución Política, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

Así, y dado que el asunto en debate trata sobre la pensión de sobreviviente a raíz del fallecimiento de un cabo segundo (póstumo), catalogada como “Muerte en combate”, se hace necesario exponer su regulación legal, teniendo en cuenta el régimen especial.

4.2. El régimen de prestaciones por muerte para los beneficiarios de miembros de las Fuerzas Militares muertos en combate.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y, por su parte, los artículos 150, ordinal 19, literal e)⁹ y 217¹⁰ de la Constitución Política establecieron que la

⁹ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: «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.»

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares. Tal consideración encontró justificación en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹¹

El régimen especial de las Fuerzas Militares reguló de diferente manera el tema de las prestaciones por muerte de sus miembros, en atención a las particularidades de cada una de las vinculaciones. En efecto, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio, como se expone a continuación.

El Decreto 2728 de 1968, «por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», en el artículo 8, señaló algunas prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de aquellos soldados o grumetes que mueren en servicio activo, en los siguientes términos:

«Artículo 8. 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. [...]»

Tal norma se refirió de manera genérica a los soldados y grumetes por lo que no hay razón alguna para que la misma no pueda ser aplicada a los soldados voluntarios, como quiera que donde el legislador no distinguió, el intérprete se debe abstener de hacerlo.

Como se puede observar, la anterior disposición consagró diferentes prestaciones en atención a la forma en la que haya ocurrido la muerte del soldado o grumete, sin embargo, dentro de tales prestaciones no se encuentra la pensión de sobrevivientes.

¹⁰ El artículo 217 de la Constitución Política, consagra: «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.»

¹¹ En este sentido ver las sentencias C-432 de mayo 6 de 2004, T-372 de 2007 y T-894 de 2010, entre otras.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Para efectos del estudio es conviene señalar que, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983¹², se profirió el Decreto 89 de 1984¹³, a través del que se reorganizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. El capítulo V de la aludida norma previó lo relativo a las prestaciones por muerte, y específicamente para la muerte en combate, señaló:

«Artículo 181. Muerte en combate. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la Muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, por hechos inherentes al combate o -por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el Artículo 151 de este Estatuto.

b) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y

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 el tiempo de servicio del causante».

El citado artículo, señaló una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el ascenso póstumo y el derecho a la asignación de retiro por muerte en combate, cuando el oficial o suboficial fallecido llevara como mínimo doce años en servicio.

El 11 de enero de 1989 se expidió el Decreto 95¹⁴, por el cual se reformó nuevamente el Estatuto de Carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, normativa que en lo que respecta a las prestaciones por muerte incluyó el derecho a la asignación de retiro para todos los miembros de la Fuerza Pública fallecidos en combate, independientemente del tiempo que llevaran en servicio y tan solo con diferencias en la cuantía de la prestación, como pasa a evidenciarse:

«Artículo 184. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

¹² «por la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional».

¹³ Es de anotar que no se incluyen prestaciones anteriores al Decreto 89 de 1984, como quiera que era la norma vigente para el momento en el que se expidió la Ley 131 de 1985, que previó la incorporación a las Fuerzas Militares de los soldados voluntarios.

¹⁴ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1988, «Por la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía y se dictan otras disposiciones».

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

a) *A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 153 de este Decreto;*

b) *Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante;*

c) *Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*

d) *Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio su cónyuge e hijos tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 15352 de este Decreto. [...]».*

Las anteriores prestaciones, se mantuvieron en el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, por el cual se reformó 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, indicó lo siguiente:

«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 Decreto53. [...]»*

De otra parte, en cuanto a las personas que prestan el servicio militar obligatorio conviene precisar que la Ley 447 del 21 de julio de 1998, por la cual se estableció una pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, confirió a los beneficiarios de los muertos en combate una prestación en los siguientes términos:

«Artículo 1. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.M.M. 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.»

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Posteriormente, se expidió el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000¹⁵, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en el cual tampoco se previó una pensión de sobrevivientes para este personal¹⁶.

Más adelante, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004¹⁷ señaló normas, objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y en cuanto a la pensión de sobrevivientes la señaló como uno de los elementos mínimos del marco pensional de dicho personal, y en el artículo 3, fijó para dicha prestación los siguientes elementos:

«3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio.

En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.»

Uno de los aspectos más importantes que se consagraron en la aludida ley en relación con la pensión de sobrevivientes por muerte en combate es que el monto de la prestación, en ningún caso, podrá ser inferior al 50% de las partidas computables para la asignación de retiro, sin importar el tiempo de servicios que llevara el miembro de la Fuerza Pública al momento del fallecimiento.

Ahora, en desarrollo de lo anterior, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y, en el artículo 19, plasmó las directrices que serían aplicables en materia de pensión de sobrevivientes por muerte en combate, diferenciando entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, así:

«Artículo 19. Muerte en combate. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

¹⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁶ Sobre este tema ver Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

¹⁷ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

19.1. Para Oficiales y Suboficiales:

19.1.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.

19.1.2. El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.

19.1.3. A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que, en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

19.2. Para Soldados Profesionales:

19.2.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, si al momento de la muerte el Soldado tiene menos de veinte (20) años de servicios.

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 1657 del presente decreto»

Por su parte, en el artículo 22 se reguló lo relativo a las pensiones de sobrevivientes de los soldados profesionales que se incorporaron a partir de la entrada en vigencia del Decreto ley 1793 de 2000, entendiendo por soldados profesionales los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

La norma en cita, indicó:

«ARTICULO 22. Pensiones de sobrevivencia de soldados profesionales. Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto-ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 3258 del presente decreto.»

De otro lado, en el artículo 34 consagró una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de quienes fallecieron en la prestación del servicio militar obligatorio:

«Artículo 34. Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio. A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998».

Conforme a lo expuesto, se observa que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 **no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los**

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

soldados voluntarios muertos en combate, y que no fue sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que se consagró, de manera expresa, tal derecho a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000.

4.3. Los soldados voluntarios.

El 31 de diciembre de 1985, el Congreso de la República expidió la Ley 131, a través de la cual se reguló el servicio militar voluntario, la que en su artículo 2 dispuso lo siguiente:

«Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno».

Por su parte, el artículo 3 señaló el régimen legal de dichos soldados voluntarios, así:

«Artículo 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley».

Conforme a tal normativa, los soldados voluntarios eran aquellas personas que, habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al reglamento de régimen disciplinario, al régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000¹⁸, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 contentivo del régimen de carrera y estatuto militar del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

En el capítulo II se reguló lo relacionado con la incorporación de soldados profesionales, y en el parágrafo del artículo 5, se previó que quienes venían desempeñándose como soldados voluntarios podrían solicitar su incorporación como soldados profesionales. Para el efecto dispuso lo siguiente:

¹⁸ Por medio de la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de Policía Nacional.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

«PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.»

En lo que respecta al régimen salarial y prestacional del soldado profesional, el artículo 38 ejusdem señaló que el Gobierno Nacional debería expedirlo con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, lo cual se efectuó a través del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000¹⁹

Por último, y en lo referido al ámbito de aplicación, el artículo 42 previó que dicha norma se aplicaría tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

Ahora bien, a fin de precisar el ámbito de aplicación de la presente sentencia de unificación, es importante diferenciar a los soldados voluntarios, de los soldados regulares, bachilleres y campesinos, e igualmente de los suboficiales y oficiales de la Fuerza Pública.

Los soldados regulares, bachilleres y campesinos corresponden a modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con la Ley 48 de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como conscriptos. Al respecto, el artículo 13 ibidem distinguió las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y los tiempos de duración de cada uno de ellos, así:

«Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar: a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; b) Como soldado bachiller durante 12 meses; c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.»

Es de anotar que, en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

Por otra parte, también deben diferenciarse los soldados voluntarios y profesionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. En efecto, el artículo 5 del Decreto 1211 de 1990, al definir la jerarquía militar, clasificó a los

¹⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

oficiales y suboficiales en diferentes grados y categorías según su vinculación al Ejército Nacional, a la Armada Nacional o a la Fuerza Aérea.

Conforme a lo anterior, dentro del cuerpo de oficiales de las Fuerzas Militares se ubican los siguientes:

| | | |
|--------------------------------|------------------------------|--------------------------|
| 1. Oficiales Ejército Nacional | <i>Oficiales generales</i> | <i>General</i> |
| | | <i>Mayor general</i> |
| | | <i>Brigadier general</i> |
| | <i>Oficiales superiores</i> | <i>Coronel</i> |
| | | <i>Teniente coronel</i> |
| | | <i>Mayor</i> |
| | <i>Oficiales subalternos</i> | <i>Capitán</i> |
| | | <i>Teniente</i> |
| | | <i>Subteniente</i> |

| | | |
|------------------------------|------------------------------|----------------------------|
| 2. Oficiales Armada Nacional | <i>Oficiales de insignia</i> | <i>Almirante</i> |
| | | <i>Vicealmirante</i> |
| | | <i>Cotraalmirante</i> |
| | <i>Oficiales superiores</i> | <i>Capitán Navío</i> |
| | | <i>Capitán de fragata</i> |
| | | <i>Capitán de corbeta</i> |
| | <i>Oficiales subalternos</i> | <i>Teniente de navío</i> |
| | | <i>Teniente de fragata</i> |
| | | <i>Teniente de corbeta</i> |

| | | |
|---------------------------|------------------------------|--------------------------|
| 3. Oficiales Fuerza Aérea | <i>Oficiales generales</i> | <i>General</i> |
| | | <i>Mayor general</i> |
| | | <i>Brigadier general</i> |
| | <i>Oficiales superiores</i> | <i>Coronel</i> |
| | | <i>Teniente coronel</i> |
| | | <i>Mayor</i> |
| | <i>Oficiales subalternos</i> | <i>Capitán</i> |
| | | <i>Teniente</i> |
| | | <i>Subteniente</i> |

Por su parte, y en lo relativo a los suboficiales, el artículo referido los clasificó así:

| | |
|-----------------|-----------------------------|
| 1. Suboficiales | <i>Sargento mayor</i> |
| | <i>Sargento primero</i> |
| | <i>Sargento viceprimero</i> |

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

| | |
|--------------------------|-------------------------|
| <i>Ejército Nacional</i> | <i>Sargento segundo</i> |
| | <i>Cabo primero</i> |
| | <i>Cabo segundo</i> |

| | |
|--|--------------------------------|
| 2. <i>Suboficiales Armada Nacional</i> | <i>Suboficial jefe técnico</i> |
| | <i>Suboficial jefe</i> |
| | <i>Suboficial primero</i> |
| | <i>Suboficial segundo</i> |
| | <i>Suboficial tercero</i> |
| | <i>Marinero</i> |

| | |
|--------------------------------------|-----------------------------------|
| 3. <i>Suboficiales Fuerza Armada</i> | <i>Suboficial técnico jefe</i> |
| | <i>Suboficial técnico subjefe</i> |
| | <i>Suboficial técnico primero</i> |
| | <i>Suboficial técnico segundo</i> |
| | <i>Suboficial técnico tercero</i> |
| | <i>Suboficial técnico cuarto</i> |

4.4 Ascenso póstumo. Naturaleza y finalidad.

Para el cumplimiento de la finalidad que la Constitución Política le encomendó a las Fuerzas Militares en el artículo 217, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, la actividad castrense está enmarcada en unos principios que permitan su desarrollo, algunos de ellos son: disciplina, honor, patriotismo, responsabilidad, valor, lealtad, obediencia y subordinación, entre otros que han sido puestos de presente por las normas que recogen el código de conducta de este personal y el régimen disciplinario, para señalar las más recientes, la Ley 1862 de 2017²⁰, Ley 836 de 2003²¹ y el Decreto Ley 1791 de 2000²².

Dentro de los principios que caracterizan la actividad militar se destaca el de honor, que ha sido definido como: «*Característica del militar que lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar*»²³ y también como «*Uno de sus pilares fundamentales es el Honor Militar, el cual es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro y que colocan al militar en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a que pertenece*»²⁴ y que se exalta con reconocimientos especiales, tales como las menciones honoríficas de que trata el artículo 30 de la Ley 1862 de 2017.

Aclarado lo anterior, 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

²⁰ «Por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar.»

²¹ «Por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares.»

²² «Por el cual se expide el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.»

²³ Artículo 6, ordinal 9 de la Ley 1862 de 2017.

²⁴ Artículo 24 de la Ley 836 de 2003

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

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», de allí que lo pretendido por esta figura es enaltecer el mayor 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.

En ese orden, es claro que este tipo de ascenso no tiene la connotación de una prestación social que busque amparar alguna contingencia o riesgo del servidor, de manera que se enmarque en el concepto que la Sección del Consejo de Estado, ha tenido de prestación social, como se desprende del siguiente aparte:

«[...] Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el Legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. La Corte Suprema de Justicia las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, por haberse pactado en convenciones colectivas, en pactos colectivos, en el contrato de trabajo, establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma²⁵. [...]»²⁶

Lo anterior, no obsta para los efectos económicos que el Decreto 1211 de 1990 le imprimió en materia de prestaciones por muerte en combate las cuales deben liquidarse con base en la asignación salarial que correspondía al grado superior, para los beneficiarios de quien perteneciendo a las Fuerzas Armadas pereció en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.

4.5.- Del principio de favorabilidad.

La Corte Constitucional ha sido enfática en sus diversas providencias en indicar que la norma aplicable en los casos de pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del causante y de encontrarse dos normas vigentes ha de aplicarse el principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad es uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrado en la Constitución Política. Bajo esta óptica la jurisprudencia constitucional ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

²⁵ Ver, entre otras, las sentencias 8347 del 30 de mayo de 1996, 30745 del 19 de agosto de 2009, 36108 del 25 de junio de 2009.

²⁶ Consejo de Estado, Sección, Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2011, radicación: 52001-23-31-000-2003-00451-01(1016-09), actor: Serafín Rombo Burbano y otros.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución.

En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento²⁷.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, 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.
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

Frente al mencionado principio, el Consejo de Estado ha indicado que los regímenes pensionales especiales encuentran limitantes impuestas en virtud de la aplicación de principios superiores como la igualdad y la favorabilidad, tal y como pasa a exponerse:

"En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado ha admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio, sino que favorece a sus destinatarios²⁸.

Adicionalmente, ha indicado que quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a aquellos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios²⁹.

No obstante, es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos:

(i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

²⁷ Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

²⁸ Ver, entre otras, sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995 y providencia de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2017, radicación: 170012333000201300133 01 (0274-2014), actor: Mía Gladys Toro de Ramírez.

²⁹ Sentencia C-956 de 2001.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede (sic) concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.”

Ahora, el principio de favorabilidad consagrado en el 53 Superior, viene de la mano con el principio de la inescindibilidad de la norma, el cual consiste en que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

Así, el Consejo de Estado³⁰ ha sostenido que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando resulten más favorables³¹.

5. El caso concreto.

En el caso bajo estudio, los actores solicitan se declare la nulidad del acto administrativo a través del cual la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a raíz del fallecimiento de su hijo Cabo Segundo (P) DILAN LIZARDO GARZON GUEVARA. En consecuencia y, a título de restablecimiento del derecho, se les reconozca y pague a los actores una pensión de sobrevivientes en calidad de padres del causante, con retroactividad al día siguiente de su muerte.

³⁰ Ver entre otras: i) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016, número interno 3420-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2008, número interno 1371-2007; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2008, número interno 3021-2004.

³¹ Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 13001233100020030008001 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; subsección B, 25000232500020030678601(1706-12), actor: Flaminio Vela Moreno, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13), actor: Jose Otoniel León Gallo, demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12), actor: Alex Bermúdez Rentería; demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Del Registro civil de nacimiento que obra en el plenario, se observa que los señores MARIA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSÉ ANTONIO GARZON, son los padres del señor DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA³².

De acuerdo al registro civil de defunción³³, se tiene que el señor DILMA LIZARDO GARZÓN GUEVARA, falleció el 08 de abril de 1999, en el Municipio de Jámalo Cauca.

En el informe administrativo por muerte No. 007 de 14 de abril de 1999, suscrito por el comandante del batallón de C/G No. 3 Numancia³⁴. Se expuso:

"los hechos ocurridos el día 08 de abril de 1999, en un desplazamiento que realiza la compañía tigre en cumplimiento de la orden de operaciones DRAGON en el sitio la María vereda San Antonio comprensión Municipal de Caldono Cauca, donde sostuvo contacto armado con las cuadrillas VI-VII y VLIX, frentes de las ONT- FARC, fue asesinado el soldado voluntario GARZON GUEVARA DILMAN LIZARDO CM. 76297495, por heridas de arma de fuego producidas por proyectil en varias partes del cuerpo que le produjo la muerte en el mismo sitio instantáneamente.

Este comando de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 del decreto 2728 de 1968 conceptúa que la muerte del SLV GARZON GUEVARA DILMAN LIZARDO código militar No. 76297495, ocurrió en el servicio por causa del mismo heridas recibidas en combate como consecuencia de la acción directa del enemigo."

Resolución No. 000701 de 19, 23 de julio de 1999, suscrita por el comandante del Ejército Nacional, por la cual se honra la memoria y se confiere ascenso póstumo a unos soldados del Ejército Nacional³⁵. Se destaca:

"Que los soldados que adelante se relacionan fallecieron el 8 de abril de 1999, como consecuencia de las heridas recibidas en cumplimiento de misiones para el mantenimiento y restablecimiento del orden público en combate por acción directa del enemigo, en el Departamento del Cauca.

Que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968I, dispone el ascenso de los soldados que fallezcan en las circunstancias expuestas anteriormente (...)

Resuelve

Artículo 1°. Ascender de forma póstuma al grado de cabo segundo a los soldados que se relacionan a continuación, con novedad fiscal 8 de abril de 1999.

*Artículo 2°. SLV DILMA LIZARDO GARZÓN GUEVARA 76297495.
(...)"*

Hoja prestacional No. 316 con fecha de impresión 19 de mayo de 2000, a nombre del extinto DILAN LIZARDO GARZON GUEVARA, con fecha de ingreso 01 de enero de 1997 y fecha de retiro 08 de abril de 1999, unidad de retiro Batallón de contra guerrilla No. 3. P Nunmancia.

³² Folio 17 Expediente electrónico- Documento No. 05.

³³ Folio 16 Expediente electrónico- Documento No. 05.

³⁴ Folio 10 Expediente electrónico- Documento No. 05.

³⁵ Folio 15 Expediente electrónico- Documento No. 05.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

| SERVICIO PRESTADOS | | | | | | | | |
|---------------------------------|-------------|--------|----------|----------|---------------------|-------|-----|-----|
| Clase de prestación | Disposicion | | | Desde | Hasta | Total | | |
| | Clase | Numero | Fecha | | | Año | Mes | Día |
| SOLDADO REGULAR | DIRTR | 150 | 19961217 | 19970108 | 19980731 | 1 | 6 | 23 |
| SOLDADO VOLUNTARIO | OAPCE | 1106 | 19980825 | 19980815 | 19990408 | 0 | 7 | 23 |
| ULTIMO GRADO SOLDADO VOLUNTARIO | OAPCE | 1040 | 19990425 | 19990315 | | | | |
| FECHA RETIRO | BLTIN | 7 | 19990712 | 19990711 | | | | |
| TOTAL TIEMPO FISICO | | | | | | 2 | 1 | 16 |
| DIFERENCIA AÑO LABORAL | | | | | | 0 | 0 | 10 |
| SUBTOTAL SERVICIOS | | | | | | 2 | 1 | 26 |
| TOTAL SERVICIOS | | | | | | 2 | 1 | 26 |

Resolución No. 02784 de 23 de junio de 2000³⁶, suscrita por el director de prestaciones sociales y el subjefto de estado mayor del Ejército (E), por el cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente No. 302728 de 2000 a los señores JOSE ANTONIO GARZÓN y MARIA GUEVARA COAJI. De conformidad con lo previsto en el Decreto No. 2728 de 1968 y Decreto 1211 de 1990 artículo 158, a favor de los beneficiarios legales se considera el derecho a cesantía definitiva doble y compensación por muerte.

Resolución No. 5336 de 15 de noviembre de 2019³⁷, suscrita por la directora administrativa (E) y la coordinadora grupo prestaciones sociales, por la cual se resuelve la solicitud de pensión de sobreviviente con fundamento en los expedientes EJC No. 02728 de 2000 y MDM No. 4998 de 2019. Se destaca:

"(...)

Se puede concluir en forma clara que por el fallecimiento del cabo segundo (póstumo) del Ejército Nacional GARZON GUEVARA DILMAN LIZARDO, no se generó el derecho al reconocimiento de pensión a favor de los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI, en calidad de padres del fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de soldados, grumetes e infantes de marina de las Fuerzas Militares de Colombia.

Resuelve:

Artículo 1º: Declarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso del cabo segundo (póstumo) del Ejército Nacional GARZON GUEVARA DILMAN LIZARDO, con código militar No. 76297495, (folio 5, expediente EJC No. 02728 de 2000) a favor de los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI, con C.C. No. 34.475.028 (folio 9 expediente EJC No. 02728 de 2000) y JOSÉ ANTONIO GARZON con C.C. No. 10.455.023 (folio 10, Exp. EJC No. 02728 de 2000) en calidad de padres del fallecido de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

(...)"

De las pruebas relacionadas en lo alto, se evidencia que el régimen que se encontraba vigente para la fecha del fallecimiento del Cabo Segundo (P) DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA (08 de abril de 1999), es el régimen especial del Decreto 1211 de 1990.

³⁶ Folio 13-14 Expediente electrónico- Documento No. 05.

³⁷ Folio 4-6 Expediente electrónico- Documento No. 05.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Aunado en ello, esta Judicatura considera pertinente, traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 04 de octubre de 2018³⁸, frente al tema que nos ocupa.

Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios y los soldados profesionales fallecidos antes del 7 de agosto de 2002³⁹, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el Decreto 1211 de 1990, por ser el régimen especial vigente a la fecha de su fallecimiento y el que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

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 Política⁴⁰, 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 [...]».

Es pertinente señalar que no obra prueba que demuestre que el extinto DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA, contrajo matrimonio, tenía compañera permanente o tuvo hijos. Así mismo, no es necesario acreditar dependencia económica de los beneficiarios del causante (padres), toda vez que, el Decreto 1211 de 1990, no constituye tal exigencia, para el reconocimiento de las prestaciones por muerte en combate.

³⁸ Sentencia de unificación por importancia jurídica SU- CE-SUJ-SII-013-2018 Expediente: 050012333000201300741-01 Número Interno: 4648-2015 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002/ Régimen aplicable/ Compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de descuentos/ Término de prescripción.

³⁹ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por soldados profesionales los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

⁴⁰ 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.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

- Prescripción.

El término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales es el cuatrienal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, cuyo tenor literal es el siguiente:

«ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares»

Así las cosas, se tiene acreditado que los actores, el día 07 de octubre de 2019, presentaron solicitud para el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, incluidas las mesadas pensionales, primas semestral y prima de navidad, por la muerte de su hijo DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA. Por tanto, todas las mesadas causadas con anterioridad al 07 de octubre de 2015, se encuentran prescritas.

Para efectos de calcular el monto de la pensión habrá de tener en cuenta los haberes correspondientes al grado conferido como consecuencia del ascenso póstumo.

El ingreso base de liquidación deberá establecerse conforme las partidas computables previstas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 o las del artículo 153 del Decreto 95 de 1989.

- Descuentos.

De otra parte, se ordenará descuento por concepto de compensación muerte según lo indicó la sentencia de unificación que frente a este tópico en particular señaló:, comoquiera que no existe incompatibilidad entre las prestaciones por muerte en combate reconocidas en la Resolución No. 02784 de 23 de junio de 2000 y las que se ordenan reconocer en virtud del Decreto 1211 de 1990.

Toda vez que, 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.

Frente al este tema el Consejo de Estado, Sección segunda, en otras situaciones, estimó que no se debían ordenar descuentos comoquiera que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 establecen el

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

derecho a una indemnización que equivale al reconocimiento de cuatro años de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas⁴¹.

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

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

- De la indexación:

Al liquidar las sumas dinerarias a favor de los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSE ANTONIO GARZÓN, los valores serán ajustados teniendo en cuenta el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde R (renta actual) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de las diferencias adeudadas, hasta el pago efectivo de lo adeudado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, entre el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada diferencia salarial y los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

⁴¹ En este sentido ver sentencias de la Sección Segunda, Subsección B del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14), Actor: Herminda Castellanos de Arias y Joaquín Arias Gómez; del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001- 23-33-000-2013-00432-01(4826-14), Actor: Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa; del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15), Actor: Ligia Sánchez de Contreras - Alonso Contreras Gómez y de la Subsección A, del 16 de febrero de 2017, radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

Por lo expuesto, el Despacho considera que los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSE ANTONIO GARZON, tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente en calidad de padres del Cabo Segundo (P) DILMAN LIZARDO GARZON GUEVARA, quien falleció en combate el 08 de abril de 1999, pensión prevista en el Decreto 1211 de 1990, al acreditarse los requisitos establecidos en el artículo 189 literal d. Entendiéndose que todas las mesadas generadas con anterioridad al 07 de octubre de 2015, se encuentran prescritas.

6. Condena en costas.

En este caso, la entidad accionada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como prosperaron las pretensiones de la demanda, se deberán reconocer a favor del actor, en cuantía equivalente a \$300.000 por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. –Declarar la nulidad de la Resolución No. 5336 de 15 de noviembre de 2019, mediante la cual se negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor de los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSÉ ANTONIO GARZON, por las razones expuestas.

SEGUNDO. -A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a que tienen derecho los señores MARÍA JESÚS GUEVARA COAJI y JOSÉ ANTONIO GARZON, en calidad de padres, como únicos beneficiarios de las prestaciones del señor Cabo Segundo (P) DILMAN LIZARDO GOMEZ GUEVARA.

| | |
|-------------------|--|
| Expediente: | 19001-33-33-006-2019-00272-00 |
| Actor: | JOSE ANTONIO GARZON Y MARIA JESUS GUEVARA COAJI |
| Demandado: | NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL |
| Medio de Control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

TERCERO. -Declarar de oficio, probada la excepción de prescripción de las mesadas generadas con anterioridad al 07 de octubre de 2015, por las razones expuestas.

CUARTO. -No se ordenará descuento alguno por concepto de compensación y cesantías dobles, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. -La pensión de sobrevivientes reconocida, deberá ser indexada conforme la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el inciso final del artículo 187 y artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO. -Condenar en costas a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las razones que anteceden.

OCTAVO. - Una vez liquidados por secretaría, devuélvase a la parte actora, el excedente de gastos ordinarios del proceso.

NOVENO. -Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia.

DÉCIMO. -Notifíquese la presente providencia en forma electrónica tal como lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Parte actora: jairoporrasnotificaciones@gmail.com
Ejército Nacional: notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co
mdnpopayan@hotmail.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ