



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00280-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE GUTIÉRREZ Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL.
Tema: Pensión sobreviviente.

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE GUTIÉRREZ y MISAEL GUTIÉRREZ CAMELO** en contra del **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, radicado bajo el No. **73001-33-33-004-2022-00280-00**.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (Fol. 4):

- 1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022, por medio de la cual el Director de Veteranos y Rehabilitación Inclusiva del Ejército Nacional negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por los demandantes.*
- 2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes, en su condición de padres del extinto SLR. Florentino Gutiérrez Martínez, con retroactividad al día siguiente de su muerte que tuvo lugar el 20 de enero de 1992, en cumplimiento del precedente reiterado del H. Consejo de Estado y del H. Tribunal Administrativo del Tolima que establece que en casos como el que nos ocupa la pensión de sobreviviente debe ser reconocida de conformidad con el Decreto 1211 de 1990.*
- 3. Que el valor resultante de la anterior condena debe ser actualizado de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la condena.*
- 4. Que se condene a la Entidad demandada al pago de las costas procesales, en virtud del artículo 188 del C.P.A.C.A., en los términos del artículo 365, numeral 1 del CGP.*
- 5. Condenar a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.*

6. *Si no se efectúa el pago de la condena en forma oportuna, condenar a la demandada a reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.*

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (Fol. 2- 4):

1. *Que el señor Florentino Gutiérrez Martínez fue incorporado al Ejército Nacional como Soldado Regular (SLR) el día 13 de diciembre de 1990 y prestó sus servicios de manera continúa a esa Institución hasta el día de su fallecimiento acaecido el 20 de enero de 1992.*
2. *El SLR Gutiérrez Martínez pertenecía a la Sexta Brigada, Batallón Infantería No. 16 Patriotas de Honda (Tol.) y con motivo de su fallecimiento se adelantó una investigación administrativa interna denominada Informe Administrativo por Muerte No. 03, en la que se calificó su deceso como “en combate por acción directa del enemigo”, de acuerdo al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.*
3. *Como resultado de esa calificación por muerte, el señor Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.) fue ascendido póstumamente por la Entidad demandada al grado de Cabo Segundo mediante Resolución No. 02232 del 14 de abril de 1992, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.*
4. *Al momento de su fallecimiento el SLP Florentino Gutiérrez Martínez era soltero y no tenía hijos, por lo que la Entidad le reconoció a sus padres, es decir, a los señores Concepción Martínez de Gutiérrez y Misael Gutiérrez Camelo las prestaciones sociales mediante Resolución No. 07992 del 02 de octubre de 1992.*
5. *Los demandantes mediante escrito radicado bajo el número 29282 del 28 de abril de 2022, solicitaron ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, como padres del fallecido SLR Gutiérrez Martínez.*
6. *La Entidad demandada, a través de la Dirección de Veteranos y Rehabilitación Inclusiva, mediante la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022 negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los demandantes.*

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante estima como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53.
Código Sustantivo del Trabajo, artículos 1, 19 y 21.
Decreto 1211 de 1990, artículos 1, 2, 5, 185 y 189.
Ley 1437 de 2011, artículos 83 y 161.

Como fundamento del concepto de la violación, el apoderado de la parte demandante expone que la Entidad demandada al expedir la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022, vulneró los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, al negar a los actores la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado de manera reiterada en casos similares al que ahora nos ocupa, para señalar que cuando los soldados mueren en un combate y son ascendidos de manera póstuma en el escalafón de suboficiales, la pensión de sobrevivientes se debe reconocer conforme al artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, dejando de aplicar el Decreto 2728 de 1968, que aun siendo una norma especial es desfavorable porque no contiene la prestación pretendida.

Aunado a lo anterior, el mandatario de la parte actora asegura que en procesos como el que nos ocupa no es necesario acreditar la dependencia económica de los padres respecto de los hijos, porque el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, no contempla dicha exigencia.

3. Contestación de la Demanda.

Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional (Archivo 00017).

El apoderado de la Entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, pues considera que el acto administrativo atacado se encuentra conforme al ordenamiento jurídico y asegura que las manifestaciones contenidas en el libelo introductorio son simplemente apreciaciones subjetivas del mandatario de los demandantes.

Advierte que según las normas no es posible acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el caso de los demandantes, por cuanto no se reúnen los requisitos para ello de acuerdo con el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, que es la norma aplicable al caso concreto.

Así mismo, la demandada propuso como medio exceptivo el que denominó "*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS*" que funda en los argumentos expuestos en precedencia y adicionalmente señala que de acuerdo con la H. Corte Constitucional, la existencia de regímenes prestacionales diferentes no contraría el principio de igualdad, pues esa situación responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social.

De otra parte, la Entidad señala que los demandantes no allegaron ningún medio de prueba que acredite que los señores Concepción Martínez de Gutiérrez y Misael Gutiérrez Camelo dependían económicamente de su hijo Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), razón de más para negarles del derecho pensional pretendido.

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 25 de octubre de 2022 (fol. 01), correspondió por reparto a este Juzgado, el cual, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2022 declaró la falta de competencia territorial para conocer del presente asunto (archivo 00005); sin embargo, la parte demandante interpuso recurso de reposición contra esa decisión que se decidió por auto del 30 de enero de 2023, en el que además se admitió la demanda (archivo 00011).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado la Nación –Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, contestó la demanda. (archivo 00017).

Mediante providencia del 18 de agosto de 2023, el Despacho por considerar que, en el presente medio de control, se daban los presupuestos para dictar sentencia anticipada, conforme lo señalado en el artículo 182A del C.P.A.C.A., procedió a incorporar las pruebas documentales, que en su momento fueron allegadas por las partes (archivo 00027).

Seguidamente, vencido el término de ejecutoria de la citada providencia, a través de auto adiado del 05 de septiembre de 2023 (archivo 00032), se procedió a correr traslado para que las partes presentaran por escrito dentro de los diez (10) días siguientes los correspondientes alegatos de conclusión, conforme las previsiones del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A.

5. Alegatos de las Partes.

5.1. Parte demandante.

El apoderado de los demandantes se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de demanda.

5.2. Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

El mandatario de la Entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los cuales en gracia de la brevedad se darán por reproducidos en este acápite.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Se deberá determinar, si los demandantes tienen derecho al reconocimiento pago de la pensión de sobrevivientes pretendida, con ocasión del deceso de su hijo el SLR Florentino Gutiérrez Martínez, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho.

3. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.

Se invoca como acto administrativo demandando, la **Resolución N°. 002771 del 24 de junio de 2022**, suscrito por el Director de Veteranos y Rehabilitación Inclusiva del Ejército Nacional, mediante la cual se negó el reconocimiento de la Pensión de sobreviviente solicitada por los actores.

4. FONDO DEL ASUNTO

A través del presente medio de control los demandantes pretenden que se condene a la Entidad demandada a reconocer y pagar a su favor una pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hijo, el SLR Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), en virtud de la aplicación del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, mientras que la Entidad demandada considera que dicha norma no es aplicable al caso concreto.

4.1. De la pensión de sobrevivientes

La doctrina y la jurisprudencia han señalado de manera coincidente que la pensión de sobrevivientes es entendida como aquella previsión consagrada para salvaguardar los derechos y precaver la contingencia que surge para los familiares, cuando fallece la persona que les proveía un sustento económico, y por lo tanto, el objeto de esta prestación se concreta en poder suplir las necesidades económicas que se derivan de ese fatal suceso, evitando así mismo que la ausencia de quien constituía un soporte, se convierta para sus familiares en un desmedro de sus condiciones socioeconómicas¹.

4.2. Del caso concreto y las normas que resultan aplicables

Revisada en su integridad la actuación procesal, se observa que en el sub judice está debidamente acreditado lo siguiente:

- La Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022, proferida por la Dirección de Veteranos y Rehabilitación Inclusiva del Ministerio de Defensa Nacional, acredita que el señor Florentino Gutiérrez Martínez prestó sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Regular entre el 13 de diciembre de 1990 y el 20 de enero de 1992, fecha en que falleció y que, por lo tanto, completó un tiempo de servicio de un (1) año un (1) mes y siete (7) días. Igualmente, en dicho acto administrativo se aprecia que de acuerdo al Informativo Administrativo por Muerte No. 03 del 25 de enero de 1992, adelantado por el Comandante del Batallón Patriotas, la muerte del

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 02 de mayo de 2019. Radicación No. 17001-23-33-000-2013-00635-01(0441-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Soldado Regular Gutiérrez Martínez ocurrió en “*combate por la acción directa del enemigo, en el mantenimiento del orden público*” (fls. 26 a 29 archivo 00003).

- Que mediante Resolución No. 02232 del 14 de abril de 1992, el SLR Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.) fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, por haber ofrendado su vida en actos propios del mantenimiento del orden constitucional y la seguridad ciudadana (fl. 35 archivo 00003).
- Que, a través de la Resolución No. 07992 del 02 de octubre de 1992, se reconoció y ordenó el pago, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, de las prestaciones sociales consolidadas por el retiro del Cabo Segundo póstumo Florentino Gutiérrez Martínez, a sus padres, Concepción Martínez de Gutiérrez y Misael Gutiérrez Camelo, por ser sus beneficiarios legales. Entre dichas prestaciones se reconocieron cesantías definitivas dobles y la compensación por muerte equivalente a 48 meses de los siguientes haberes: (i) sueldo básico; (ii) prima de actividad 15%; (iii) prima de actualización 12%; y, (iv) 1/12 prima de navidad (fls. 36 y 37 archivo 00003).
- A folio 38 del archivo 00003 del expediente electrónico reposa el registro civil de nacimiento del fallecido Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), en el que se aprecia que sus padres son los señores Concepción Martínez y Misael Gutiérrez.
- Que mediante petición radicada ante la Entidad demandada el 28 de abril de 2022, los señores Concepción Martínez y Misael Gutiérrez solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hijo Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), de conformidad con el Decreto 1211 de 1990 y dicha petición fue despachada desfavorablemente por la Entidad mediante la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022. (fls. 23, 24 y 26 a 29 archivo 00003)

Ahora bien, para efectuar el análisis del *sub examine* es necesario tener en cuenta que estamos frente al fallecimiento de un Soldado Regular, ocurrido el 20 de enero de 1992, en combate o por acción directa del enemigo mientras prestaba sus servicios a las Fuerzas Militares de Colombia.

Tal y como se advierte de las pruebas allegadas al plenario, la norma prestacional vigente para la fecha de fallecimiento del SLR Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), es el Decreto 2728 de 1968, cuyo artículo 8° establece lo siguiente:

“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 Cabo Segundo o Marinero”.

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

A su vez, es preciso señalar que para la fecha de fallecimiento del SLR Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), esto es, el 20 de enero de 1992, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 189, consagró el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pero para los beneficiarios de **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares** que murieran en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, ya fuera en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público y es esta precisamente, la norma cuya aplicación persigue la parte demandante en el presente asunto, por lo que el análisis se centrará en determinar si es viable o no aplicar la misma en el caso del SLR Gutiérrez Martínez.

Para tal efecto obra precisar que, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 04 de octubre de 2018², se pronunció frente al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en el caso de un soldado voluntario que falleció el 03 de agosto de 1998, como consecuencia de combate con el enemigo, cuyas prestaciones sociales se liquidaron con fundamento en el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, esto es, como cabo segundo por haber sido ascendido de manera póstuma: en esa ocasión sus padres solicitaron ante el Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual les fue negada por considerar que no se causó el derecho a tal prestación.

Frente a dicho caso, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo mencionó que el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, consagró diferentes prestaciones en atención a la forma en que haya ocurrido la muerte del soldado o grumete, destacando que dentro de tales prestaciones no se encuentra la pensión de sobrevivientes; pese a ello, la Corporación también recordó que el 08 de junio de 1990 se expidió el Decreto 1211, por medio del cual se reformó el estatuto de personal de **oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**, en cuyo artículo 189 se reconocieron prestaciones por muerte en combate en los siguientes términos:

“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*

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia del 04 de octubre de 2018. Radicación No. 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15)CE-SUJ2-013-18. C.P. William Hernández Gómez.

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. [...]” (se destaca)

Igualmente, el Consejo de Estado aclaró en su providencia que los grados que integran la categoría de Suboficiales en el Ejército Nacional son:

- *Sargento mayor*
- *Sargento primero*
- *Sargento viceprimero*
- *Sargento segundo*
- *Cabo primero*
- ***Cabo segundo***

Dicho esto, en la aludida sentencia de unificación se precisó que el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, que era el que regía las prestaciones por muerte en el caso de los soldados del Ejército Nacional (así, de manera general, sin distinguir entre voluntarios, bachilleres, campesinos o regulares), consagró como consecuencias de la muerte en combate, las siguientes:

- ***Ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero.***
- *Reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado.*
- *Pago doble de la cesantía.*

De esta manera, **la providencia destacó que por virtud de ese ascenso póstumo contemplado en ese artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, el soldado, en ese caso “voluntario” que había muerto en combate, ascendía a la categoría de suboficial como cabo segundo, por lo que sus prestaciones se debían liquidar conforme a la asignación que correspondía a dicho grado.**

En el mismo sentido, la Corporación manifestó que 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, por lo que lo pretendido con esa 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.

Así las cosas, el Consejo de Estrado explica que en tratándose de soldados voluntarios fallecidos en combate, tienen derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual contempla el ascenso póstumo y **en virtud de dicho ascenso el fallecido pasa a ser Suboficial de las Fuerzas Militares y por ende a ser destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de**

ese personal dentro de los cuales está el Decreto 1211 de 1990, que consagra de manera expresa la pensión de sobrevivientes para ese personal.

Bajo ese panorama la Sala encontró que no era razonable ni existía justificación válida para que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 ordenen un ascenso póstumo, así como el reconocimiento de unas prestaciones económicas en favor de sus beneficiarios, pero no el pago de la pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de las Fuerzas Militares pierden el sustento económico que este les brindaba, motivo por el cual, el Consejo de Estado, en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate o por acción del enemigo, aceptó que es viable, para estos efectos, aplicar el Decreto 1211 de 1990, con el objetivo de reconocer la prestación periódica.

En virtud de lo anterior, nuestro superior jerárquico refirió, en la citada sentencia de unificación que, los emolumentos reconocidos con ocasión del fallecimiento de un soldado, ya sea en combate o por acción directa del enemigo, tanto en el Decreto 2728 de 1968 como en el 1211 de 1990 son los mismos y sólo existe disparidad en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que, trayendo a colación tal argumentación en el caso que hoy nos ocupa, se debe concluir que se admite el reconocimiento de dicha pensión a los beneficiarios de un soldado en virtud del Decreto 1211 de 1990 y además, que no hay lugar a ordenarle a éstos el reintegro de suma alguna por concepto de las demás prestaciones obtenidas por este hecho, como son los 48 meses de haberes y las cesantías dobles.

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, el Consejo de Estado señaló que debe atenderse la preceptiva que trae el Decreto 1211 de 1990, cuya particularidad principal es que en cuanto a la pensión de sobrevivientes exceptúa a los hermanos. Dicha preceptiva contempla lo siguiente:

- a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos 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 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 corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Finalmente, en cuanto a la prescripción la Corporación señaló que se debe aplicar el término cuatrienal contemplado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

La anterior tesis jurisprudencial también ha sido acogida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, el cual, mediante sentencia del 26 de agosto de 2021, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el radicado No. 73001-33-33-009-2017-00428-01 (0364-2019), con ponencia del Magistrado Belisario Beltrán Bastidas, accedió al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la madre de un conscripto que falleció el 17 de agosto de 1992 en combate o por acción del enemigo y fue ascendido de manera póstuma al grado de cabo segundo. En esa ocasión la Corporación manifestó expresamente lo siguiente:

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

Ahora bien, teniendo claridad sobre las reglas que permiten dar aplicación del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, para reconocer la pensión de sobrevivientes en el caso de fallecimiento de un soldado en combate o por acción directa del enemigo, es preciso señalar que en el *sub judice* está acreditado que el señor Florentino Gutiérrez Martínez ingresó al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio como soldado regular el 13 de diciembre de 1990 y que el 20 de enero de 1992 falleció en combate o por acción directa del enemigo en el mantenimiento del orden público, pues así lo reconoció la misma Entidad demandada mediante la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022.

En el mismo sentido, está plenamente acreditado que el SLR Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.) fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, mediante la Resolución No. 02232 del 14 de abril de 1992 y a través de la Resolución No. 07992 del 02 de octubre de 1992, la Entidad demandada le reconoció a los hoy actores Concepción Martínez de Gutiérrez y Misael Gutiérrez Camelo, las prestaciones sociales consolidadas por el retiro del Cabo Segundo póstumo Gutiérrez Martínez, por ser sus beneficiarios legales, es decir, por no existir otro beneficiario.

Así mismo, está debidamente demostrado en el cartulario, a través del respectivo registro civil de nacimiento, que los señores Concepción Martínez y Misael Gutiérrez son los padres del fallecido Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.) y que en tal virtud solicitaron ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, la cual les fue negada mediante la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022.

Con todo lo anterior se tiene entonces que en el caso en estudio, el señor Florentino Gutiérrez Martínez(q.e.p.d), falleció como miembro activo del Ejército Nacional en el grado de soldado regular; no obstante, gracias a su ascenso póstumo alcanzó el grado de cabo segundo y por ende, de suboficial de las Fuerzas Militares, de tal suerte que la norma aplicable a su caso, es el pluricitado artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 para

efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida por los demandantes. Se aclara al respecto que como el causante no acredita más de doce (12) años de servicio, por lo que resulta pertinente dar aplicación al literal d) del aludido artículo 189, haciendo acreedores a su padre y a su madre como únicos beneficiarios, del reconocimiento y pago de una pensión mensual correspondiente al 50% de las partidas señaladas en el artículo 158 del mismo Decreto 1211 de 1990. Lo anterior, por cuanto además, el artículo que consagra el reconocimiento pensional no exige prueba de la dependencia económica, tal como se puede constatar en el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, el cual preceptúa:

“ARTÍCULO 185. Orden de beneficiarios. *Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

- a. *La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.*
- b. *Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.*
- c. *Si no hubiere hijos la prestación se divide así:*
 - *El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.*
 - *El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.*
- d. **Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se 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 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 corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.” (se destaca)*

Por otro lado, es del caso indicar que en el presente caso no hay lugar a ordenar la devolución de las sumas pagadas a los demandantes por compensación por muerte, reconocidas a través de la Resolución No. 07992 del 02 de octubre de 1992, por cuanto las mismas no resultan ser incompatibles con la pensión de sobrevivientes, tal como lo señaló el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de octubre de 2018, a la que se ha hecho alusión en esta providencia.

Los valores utilizados en la liquidación pensional deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por los demandantes por concepto de pensión de sobrevivientes, desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

PRESCRIPCIÓN

Tal como se señaló con antelación en esta providencia, la prescripción aplicable al derecho pensional reconocido a los demandantes con ocasión del fallecimiento de su hijo, es el cuatrienal consagrado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que se contará desde la fecha en que se hicieron exigibles.

El mentado artículo 174 del Dec. 1211 de 1990, establece lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 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.”*

De cara a la norma trascrita y descendiendo al caso concreto, está demostrado en el *sub judice* que la pensión de sobrevivientes reconocida a los demandantes se estructuró el 21 de enero de 1992 (día siguiente al fallecimiento del causante), pero como su reconocimiento no fue solicitado en ese momento, operó el término de prescripción al que se hace alusión, sobre las mesadas causadas.

Es así como, los actores radicaron la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la Entidad demandada el **28 de abril de 2022**, y de acuerdo a la norma, esta petición interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. Ahora bien, la demanda fue presentada dentro del término de cuatro años, esto es, el 25 de octubre de 2022. De esta manera existiendo interrupción efectiva del fenómeno que se estudia, se deberá declarar que existe prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al **28 de abril de 2018**.

6. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas,

cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de esta instancia a la PARTE DEMANDADA, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, incluyendo en la liquidación el equivalente a dos (02) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción denominada “*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS*”, propuesta por la Entidad demandada por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 002771 del 24 de junio de 2022, por medio del cual la Entidad demandada le negó a los demandantes el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo, el CS póstumo Florentino Gutiérrez Martínez (q.e.p.d.), de conformidad con los argumentos expuestos previamente en esta sentencia.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENAN a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer a favor de los señores CONCEPCIÓN MARTÍNEZ DE GUTIÉRREZ y MISAEL GUTIÉRREZ CAMELO, una pensión mensual de sobrevivientes, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, como beneficiarios del Cabo Segundo (póstumo) FLORENTINO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ (q.e.p.d.).

Dicho reconocimiento lo será a partir del día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, el 21 de enero de 1992, pero con efectos fiscales a partir del **28 de abril de 2018**, en razón a la prescripción, conforme a lo considerado en precedencia.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, que los valores que utilice en la liquidación pensional deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por los demandantes por concepto de pensión de sobrevivientes, desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor

certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada por las razones expuestas con antelación, incluyendo como agencias en derecho la suma de dos (02) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Por Secretaría liquídense.

SEXTO: DÉSE cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas constancias de rigor en el sistema SAMAI.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**