



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : 08001-23-33-000-2012-00149-01
Número interno : 3271-2013
Actor : María Nelly Echavarría
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Ley 1437 de 2011
Asunto : Pensión de sobrevivientes causada por fallecimiento de Soldado con ascenso de manera póstuma a Cabo



Segundo del Ejército Nacional. Reconocimiento de la pensión con fundamento en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita dentro del proceso de la referencia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de junio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora María Nelly Echavarría contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La señora María Nelly Echavarría, mediante apoderado judicial acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², para solicitar la nulidad del siguiente acto administrativo:

¹ “Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).”.

² En adelante CPACA



- Oficio **OFI12-36222 MDSGDAGPS – 22** de 19 de abril de 2012, suscrito por la Coordinadora del Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora María Nelly Echavarría, con ocasión de la muerte en combate de su hijo Rodrigo Antonio Garcés Echavarría³.

A título de restablecimiento de derecho solicitó que se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, reconocer a la demandante una pensión de sobreviviente vitalicia a su favor, en calidad de madre del soldado profesional muerto en combate, Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, desde el momento en que ocurrió ese hecho, el 6 de septiembre de 1996.

En ese sentido, pidió la liquidación y pago de las mesadas pensionales desde la fecha en que falleció su hijo, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó, la cual deberá ser actualizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. (sic).

1.2. Hechos:

Indicó la actora que es madre de Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, quien prestó el servicio militar obligatorio como soldado regular a partir del 12 de noviembre de 1992 y hasta el 6 de septiembre de 1996, cuando fue dado de baja por muerte en combate a causa de *“una incursión guerrillera a la base militar de “La Carpa”, ubicada en la inspección del Capricho en el Departamento del Guaviare”* donde fueron asesinados 23 militares de la Brigada Móvil No. 2⁴.

Indicó la actora que el causante quien no tenía unión marital de hecho, era el encargado de proveer lo necesario para su subsistencia y con posterioridad a su fallecimiento ha tenido quebrantos de salud.

Añadió que el 8 de junio de 2009, a través de apoderado solicitó al Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago de la

³ Folio 20

⁴ Folio 2



pensión de sobreviviente. Esta petición fue resuelta de manera negativa mediante oficio OF112-36222 MDSGDAGPS-22 de 19 de abril de 2012, dos años después de su presentación.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 13, 29, 46, 48, 53, 90, 93, 216, 217 y 228.

Código Civil: artículo 1613.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: artículos 138, 152, 161, 187, 211 y siguientes.

Código de Procedimiento Civil: artículos 174 a 293.

Ley 100 de 1993: artículo 46

Ley 446 de 1998: artículos 40 y 44.

Decreto 1121 de 1990: artículos 185 y 189.

Destacó que la entidad demandada, al negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante, vulneró las disposiciones contenidas en la Constitución Política pues el acto acusado transgrede los derechos de los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública caídos en combate, desconociendo su régimen especial o en su defecto el régimen general.

Adujo que al aplicarse al caso concreto las disposiciones previstas en el Decreto 2728 de 1968, la entidad demandada vulneró el derecho a la Seguridad Social, puesto que la aplicación de esta norma no resulta ser la más favorable a sus intereses, ésta solo reconocía un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y a favor de sus ascendientes una prestación indemnizatoria; mientras que en los artículos 158 y 189 del Decreto 1211 de 1990, habiendo prestado 3 años y 10 meses en el Ejército Nacional, le correspondía una pensión equivalente al 50% del salario devengado .

2. Contestación de la demanda



La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con base en las razones que se resumen a continuación⁵:

Alegó la entidad, que la actora no agotó la vía gubernativa, dado que no presentó oportunamente los recursos administrativos contra la Resolución 1530 de 14 de abril de 1998, por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de las prestaciones consolidadas a la señora María Nelly Echavarría, con ocasión de la muerte del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968 y reconoció una compensación por muerte equivalente a 48 meses.

También señaló, que no es procedente el reconocimiento de la pensión que solicita la actora, "(...) toda vez que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se exceptúa de manera expresa del sistema integral de seguridad social al personal de las fueras militares y de la policía (...) "⁶.

Así mismo indicó, que existe una irregularidad en las pretensiones, ya que la actora no integró el acto administrativo complejo, pues en el evento de declararse la nulidad "*(...) del acto presunto mediante el que se entiende negada la pensión de sobreviviente, quedaría vigente la Resolución que previamente había reconocido las prestaciones según la legislación vigente para la época, que como tal no contemplaba el otorgamiento de la pensión*"⁷.

Finalmente, propuso las excepciones denominadas: i) carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada; ii) inactividad injustificada del interesado – prescripción de las mesadas pensionales e iii) ineptitud formal de la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, mediante sentencia del 28 de

⁵ Folios 56 a 65

⁶ Folio 58

⁷ Folio 63



junio de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda por las razones que se resumen a continuación⁸:

Citó los artículos 8 del Decreto 2728 de 1968 y 189 del Decreto 1211 de 1990 concluyendo que los soldados voluntarios no tienen derecho a las prestaciones consagradas en la segunda norma, sino a las previstas en la primera.

Así mismo, se refirió a los arts. 1º de la Ley 447 de 1998, 19 y 22 del Decreto 4433 de 2004, precisando que el Consejo de Estado con el ánimo de proteger al grupo familiar del soldado muerto en actos propios del servicio y brindar ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, ha optado por aplicar el Decreto 1211 de 1990.

Del mismo modo, se encontró probado que el causante se vinculó al servicio del Ejército Nacional como soldado desde el 12 de noviembre de 1992 y estuvo vinculado a la institución hasta el 6 de septiembre de 1996, fecha en la que falleció en actos propios del servicio, en desarrollo de una operación adelantada por el Batallón de Contraguerrilla No. 18, "CIMARRONES" – Compañía de Contraguerrillas "AMPERO", a la cual pertenecía; y con fundamento en ello fue ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo. Además, se acreditó que el causante era hijo de María Nelly Echavarría a quien le fue reconocida por la entidad demandada la compensación por muerte.

Agregó que la entidad demandada negó la pensión de sobrevivientes pretendida por la actora, por considerar que el Decreto 4433 de 2004 sólo es aplicable a quienes hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003. Así mismo afirmó, que tampoco hay lugar a aplicar la Ley 447 de 1998 que prevé el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, por cuanto sus destinatarios son los parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio social obligatorio, mientras que en el *sub lite* se trata de un soldado voluntario.

No obstante lo anterior, al momento del fallecimiento del causante estaba vigente el Decreto 1211 de 1990 que prevé en su artículo 189 a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales muertos en combate, el ascenso póstumo, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por lo que se podría concluir que existió un trato diferenciado respecto a los beneficios contenidos en el Decreto 2728 de 1968, esto es, los

⁸ Folios 206 a 219



soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

Añadió que teniendo en cuenta lo reiterado por esta Corporación no existe justificación válida para dicha discriminación entre los soldados voluntarios y los oficiales y suboficiales fallecidos en actos propios del servicio, por lo tanto, ordenó a la demandada reconocer y pagar a favor de la actora la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del causante, la cual debía ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

Conforme a lo expuesto ordenó reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Nelly Echavarría en calidad de madre del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, a partir del 9 de junio de 2005, realizando el descuento de la compensación por muerte pagada a la actora. No condenó en costas a la demandada por no haber incurrido en conducta dilatoria, temeraria o abusiva a lo largo del proceso.

4. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en las razones que se resumen a continuación⁹:

Adujo que el régimen pensional aplicable al causante es el previsto en el Decreto 2728 de 1968 según el cual cuando fallece un soldado por acción directa del enemigo sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo y al doble de cesantías, por lo tanto no hay lugar a aplicar el Decreto 1211 de 1990, pues el causante al momento de su muerte se hallaba vinculado como soldado voluntario y no como oficial o suboficial a quienes se dirige la pensión de sobrevivientes.

Precisó que al causante le fue conferido ascenso póstumo a Cabo Segundo en forma honorífica para honrar su memoria y para que sus prestaciones sean liquidadas conforme

⁹ Folio 264 a 266



al nuevo grado.

Aclaró que no es viable predicar el derecho a la igualdad en el presente asunto, pues no existe igualdad alguna entre el soldado Rodrigo Antonio Garcés Echavarría y un oficial o suboficial, siendo los beneficiarios de estos últimos los destinatarios de la pensión de sobrevivientes conforme al Decreto 1211 de 1990, pues los rangos son completamente diferentes y por ende la normativa que los rige, por lo que no es procedente pretender aplicar igualdad cuando las funciones por estos desempeñadas son diferentes; enfatizó en que el ascenso póstumo como cabo segundo es un reconocimiento a la memoria más no para acceder al grado de suboficial.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 18 de enero de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, quienes guardaron silencio en esta etapa procesal¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. Cuestión Previa

¹⁰ Folio 307 y 312.

¹¹ Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [Modificado por el art. 615. Ley 1564 de 2012](#). El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



Debe la Sala referirse en primer lugar a los argumentos de defensa que presenta la entidad demandada, con sustento en la falta de: i) agotamiento de la vía gubernativa y, ii) la integración del acto administrativo complejo.

i) Sobre la falta de agotamiento de la vía gubernativa, se indica, que el acto administrativo que definió la situación jurídica de la demandante en relación con la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es el oficio OF112-36222 MDSGDAGPS-22 de 19 de abril de 2012 -acto administrativo demandado-mediante el cual se niega, con fundamento en el Decreto 2728 de 1968, el derecho a la pensión reclamada. De esta manera, no le asiste razón a la demandada al considerar que la actora estaba en la obligación de impugnar la Resolución 1530 de 14 de abril de 1998 por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago a favor de la señora María Nelly Echavarría de las prestaciones sociales y la compensación por muerte causadas por el deceso de su hijo Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, pues como se advierte, en este acto no se define el derecho a la pensión de sobrevivientes que con posterioridad reclama la actora ante la entidad y cuyo reconocimiento se demanda en este proceso.

ii) Sobre la falta de integración del acto administrativo complejo, bajo el supuesto de que en la demanda debió acusarse el acto presunto *“mediante el que se entiende negada la pensión de sobreviviente...”*, debe señalarse, que en el presente caso no puede hablarse de la existencia de un acto ficto o presunto en la medida en que de manera expresa la entidad demandada negó el reconocimiento pensional solicitado por la actora.

3. Problema jurídico

En el caso concreto la Sala debe precisar si la demandante en calidad de madre del causante (Cabo Segundo póstumo) Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, tiene derecho a que se le reconozca una pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que su hijo murió en combate siendo soldado voluntario.

4. Normativa aplicable al sub examine

El régimen de los soldados voluntarios fue regulado a través de la ley 131 de 1985 *“por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”*, cuyo artículo 3º estableció que las



personas que ingresen al servicio militar voluntario quedan sujetas “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”, cuya norma entró en vigor sin perjuicio de la normatividad que rige el servicio militar obligatorio.

Por su parte el Decreto 2728 del 2 de noviembre de 1968 “*Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*”, previó a favor del soldado que muera en combate en servicio activo, los siguientes beneficios:

“ARTÍCULO 8o. *El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.*

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

Nótese en principio que la norma no distingue entre los soldados que se encuentran prestando servicio militar obligatorio (regulares) y los soldados voluntarios, figura que fue acogida por la Ley 131 de 1985¹², ante la situación de facto de los grupos armados, por lo tanto, si no hay una regulación específica para estos servidores, se puedan servir de la misma; igualmente se evidencia que conforme a la norma en cita cuando se dé la muerte de un soldado en combate o por acción directa del enemigo, la entidad militar deberá ordenar su ascenso en forma póstuma al primer grado del escalafón de Suboficiales, esto es Cabo Segundo, conforme al artículo 8º del Decreto 2728 de 1968¹³, reconocer y pagar

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹³ ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios



a los beneficiarios del soldado fallecido y ascendido al grado de Suboficial - Cabo Segundo el valor de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes al grado de Suboficial y el doble de la cesantías.

Por su parte, la Ley 447 de 1998 *“por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 1º reconoció a los beneficiarios de las personas que se encuentran prestando servicio militar obligatorio y fallecen en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, el derecho a la pensión de sobrevivientes equivalente a un salario y medio (1/2) mínimo mensuales y vigentes. El parágrafo 1º de esta norma, suprimió *“la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.”*

Sin embargo, la anterior norma no es aplicable a los soldados voluntarios regulados por la ley 131 de 1985, puesto que ellos, en principio, no prestan servicio militar obligatorio y en consecuencia, continuarían sometidos a las disposiciones del artículo 8º del decreto 2728 de 1968 y los beneficios que ella trae para el soldado voluntario muerto en combate.

Con fundamento en lo expuesto, es dable concluir que el régimen prestacional aplicable a los soldados voluntarios, no reconoce el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, sino solo al ascenso póstumo, la compensación por muerte y cesantía doble.

El Decreto 1211 del 8 de junio de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”*, previó en el Capítulo II las prestaciones por retiro de este personal y en el Capítulo V las prestaciones por muerte, disponiendo:

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y

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.



Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- *Sueldo básico.*
- *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
- *Prima de antigüedad.*
- *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
- *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
- *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
- *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
- *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*
- *Bonificación por compensación*

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

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:

(...)

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así:

- *Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.*
- *Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.*
- *Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.*



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

(...)

ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

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

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.” (Subraya fuera de texto original)

Conforme a lo anterior se observa que la referida norma consagra a favor del Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo muerto en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, el derecho a ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior; y a favor de sus beneficiarios las siguientes prestaciones: i) el reconocimiento y pago de 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; ii) pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante; y iii) pensión de sobrevivientes, cuyo valor dependerá del tiempo de servicios que acreditó el causante.

5. Del caso concreto

Encuentra la Sala que la parte actora pretende que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría quien estuvo vinculado al Ejército Nacional como Soldado Regular¹⁴ desde el 12 de noviembre de 1992 hasta el 30 de junio de 1994 y como Soldado Voluntario¹⁵ desde el 10 de julio de 1994, hasta el 6 de septiembre de 1996.

5.1 Hechos probados

Para efectos del reconocimiento pensional de la señora María Nelly Echavarría, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

- Registro Civil de Nacimiento de la Notaría Primera del Círculo de Barranquilla del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, en el que señala que la señora María Nelly Echavarría, era su madre¹⁶.
- Registro de Defunción No. 2308069 de 16 de septiembre de 1996, expedido por la Registraduría de San José del Guaviare en el que consta que el señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría falleció el día 6 de septiembre de 1996 y su deceso se dio por

¹⁴ Sobre este particular, esta Sección en sentencia de unificación, Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-16), Actor: Araceli Del Carmen Llanos García, Demandado: Nación - Ministerio De Defensa, Armada Nacional. Señaló que: "los soldados regulares, bachilleres y campesinos, que son 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".

¹⁵ se dijo que los en los términos de la Ley 131 de 1985, 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.

¹⁶ Folio 26



“SHOCK NEUROGENICO LASCERACION CEREBRAL SEVERA”¹⁷.

- Acta 595 de 4 de octubre de 1996, en la que se registró el pago del seguro de vida de Rodrigo Antonio Garcés Echavarría a la señora María Nelly Echavarría, por medio de cheque No. 3778031 del Banco del Estado por valor de \$6`942.000 en su calidad de beneficiaria del *“Extinto Soldado Voluntario”* quien falleció siendo orgánico del Batallón de Contraguerrillas No. 18 adscrito a la Brigada Móvil No. 02¹⁸.
- Resolución 1530 de 14 de abril de 1998, *“por la cual se reconoce el pago de unas prestaciones sociales, con fundamento en el expediente EJC. No. 10700 de 1997.”*, acto administrativo por medio del cual le fue reconocida a la señora María Nelly Echavarría la suma de \$17`862.376 por concepto de prestaciones sociales consolidadas, así como el pago de la compensación por muerte equivalente a 48 meses de haberes por el fallecimiento del Cabo Segundo del Ejército Rodrigo Antonio Garcés Echavarría¹⁹.
- Certificado de existencia de Acta de Defunción No. 19964318 de 1 de febrero de 2012 expedido por la Oficina de Estadísticas y Defunciones de la Secretaría de Gobierno Distrital de la Alcaldía de Barranquilla, en el cual consta que el señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría falleció de manera violenta el 6 de septiembre de 1996²⁰.
- Constancia de 28 de mayo de 2013, expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano – Dirección de Personal del Ejército Nacional, que señala que el señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, estuvo vinculado como Soldado Regular, prestando el servicio militar obligatorio desde el 12 de noviembre de 1992, hasta el 30 de junio de 1994, con un tiempo de 1 año, 7 meses y 18 días; y, como Soldado Voluntario desde el 10 de julio de 1994, hasta el 6 de septiembre de 1996, fecha de su muerte, con un tiempo de 2 años 1

¹⁷ Folio 85.

¹⁸ Folio 113.

¹⁹ Folios 30 a 32.

²⁰ Folio 27.



mes y 26 días, para un total de 3 años, 9 meses y 15 días al servicio de la Institución²¹.

5.1.2.- Acto administrativo acusado:

- Copia de la petición presentada por la señora María Nelly Echavarría a través de apoderado judicial el 22 de julio de 2011, en la cual solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría²².

- Oficio No. **OFI12 - 36222 MDSGDAGPS – 22** de 19 de abril de 2012, por medio del cual la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, resuelve la anterior petición en forma negativa, por considerar que “(...) *no hay lugar a efectuar trámite alguno tendiente a reconocer la pensión solicitada, toda vez que el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia y las demás normas y sentencias no son aplicables al presente caso*”²³.

5.2 Análisis

Visto los anteriores supuestos fácticos acreditados en el plenario, encuentra la Sala que en el caso concreto se encuentra debidamente probado y no existe discusión al respecto, que el señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 12 de noviembre de 1992 hasta el 6 de septiembre de 1996, para un total de 3 años, 9 meses y 15 días, y su muerte se produjo en combate o por acción directa del enemigo²⁴.

Igualmente está probado que Rodrigo Antonio Garcés Echavarría era hijo de la señora María Nelly Echavarría, quién se presenta como demandante dentro del presente

²¹ Folio 201.

²² Folio 17 y 18.

²³ Folio 19 y 20.

²⁴ Folio 201.



proceso²⁵.

Se demostró además que la entidad demandada a través de la Resolución 1530 de 14 de abril de 1998 reconoció a favor de la señora María Nelly Echavarría en calidad de beneficiaria del Cabo Segundo (póstumo) Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa unas sumas por concepto de prestaciones sociales consolidadas, unas cesantías dobles y definitivas y una compensación por muerte equivalente a 48 meses²⁶.

Por lo expuesto, encuentra la Sala que si bien la entidad demandada dio aplicación al artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, reconociendo a favor de la beneficiaria del soldado voluntario Rodrigo Antonio Garcés Echavarría, cesantía doble y compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes de un cabo segundo, desconoció lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, norma aplicable al caso concreto por tratarse de un suboficial muerto en combate, hecho este último que legitima a sus beneficiarios en el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes prevista en dicha normativa.

Lo anterior teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 2728 de 1968 el causante al haber muerto en combate tenía derecho a ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, en este caso, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1211 de 1990 corresponde al de Cabo Segundo, categoría que pertenece a la jerarquía de Suboficiales de las Fuerzas Militares, hecho que se logró probar en el *sub lite* a través de la Resolución 1530 de 14 de abril de 1998, condición bajo la cual conforme al artículo 189 *ídem* los beneficiarios de un Cabo Segundo muerto en combate tienen derecho a percibir las siguientes prestaciones: i) 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante en forma póstuma, ii) doble cesantía por el tiempo servido por el causante; iii) una pensión de sobrevivientes cuya cuantía deberá liquidarse con base en el tiempo de servicios prestado por el causante²⁷.

Así las cosas, para la Sala la entidad demandada desconoció las prerrogativas que contempla el Decreto 1211 de 1990 a favor de la beneficiaria del causante, pues tal como se encontró probado en el plenario, el señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría murió en combate el 6 de septiembre de 1996, por lo cual fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, condición que, como se dijo, legitima a sus beneficiarios en el derecho

²⁵ Folio 86.

²⁶ Folios 30 a 32.

²⁷ Folios 30 a 32.



a la pensión de sobrevivientes en los términos consagrados en el referido artículo 189.

Esta Subsección, con ponencia del Magistrado Sustanciador, se ha pronunciado de manera uniforme y reiterada, sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de los soldados muertos en combate, en los siguientes términos:

“En el presente caso, y de acuerdo al material probatorio allegado al expediente, se pudo constatar que el señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 2 de abril de 1993 hasta el 18 de noviembre de 1994. Posteriormente, se vinculó como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, a partir del 15 de abril de 1996 – ver hoja prestacional visible a folio 67 –, es decir, quedó sujeto a partir de su vinculación, 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 militares²⁸.

De la misma forma, se estableció que el señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, falleció el 17 de agosto de 1999 (f. 69), y de acuerdo al informe administrativo por muerte del 22 de agosto de 1999 suscrito por el Comandante del Batallón Contra guerrilla No. 6 “Pijaos”, se estableció que su deceso ocurrió en “SERVICIO Y EN COMBATE COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO EN EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO” (f. 68).

De lo anterior se advierte, que para el momento de ocurrencia del fallecimiento del señor Muñoz Ramírez, se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modificó el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimientos del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares, y en el artículo 8, estableció las prestaciones de orden económico en favor de los soldados que en servicio activo fallecieran. Disponía la norma en mención:

“(…)”.

²⁸ Artículo 3 *ibidem*.



Número Interno: 3271-2013
Demandante: María Nelly Echavarría

De la transcripción realizada, se observa, que la norma no consagró el derecho a obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado muerto en combate, en cuanto solo dispuso el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, si hubiere lugar, y la compensación por muerte, para los casos de fallecer en combate, misión o por causas diferentes.

Así las cosas, el Ejército Nacional, en cumplimiento a la preceptiva normativa referida, mediante Resolución 000986 del 12 de octubre de 1999 (f. 81), expedida por el Comandante del Ejército Nacional, le concedió el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, con novedad fiscal a partir del 17 de agosto de 1999, día de su fallecimiento, y mediante Resolución 01373 del 11 de abril de 2000, en esta condición, le reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones sociales a los demandantes en calidad de beneficiarios del señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, correspondientes a cesantías definitivas dobles y compensación por muerte (fl. 74 reverso), de conformidad con lo previsto en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

Si bien, el Ejército Nacional dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 respecto al reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de los demandantes ante el deceso del señor Carlos Arturo Muñoz Ramírez, entre ellos, el ascenso póstumo a Cabo Segundo, lo cierto es que para el 17 de agosto de 1999, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990 mediante el cual “se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, y ante la nueva jerarquía de Cabo Segundo adscrito al Ejército Nacional, que ostentaba el señor Muñoz Ramírez, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 ibídem, esta normatividad era la aplicable para efectos del reconocimiento de las prestaciones pretendidas en vía gubernativa por la parte actora, por el hecho de pasar a ser parte como suboficial del Ejército Nacional.”²⁹

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 70001-33-31-000-2012-00055-01(0875-16), Actor: Fanny Helena Flórez Garrido, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00754-01(2415-14), Actor: Rosalba Gutiérrez, Demandado: Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional. Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación Número: 05001-23-33-000-2013-00542-01(1950-14), Actor: Luz Amparo Pareja Giraldo, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00061-01(3753-13), Actor: Francisco Antonio Bedoya Estrada, Demandado: Nación, Ministerio De Defensa Nacional, Ejército Nacional. Consejero Ponente: César Palomino Cortés Radicado:



Visto lo anterior, encuentra la Sala que la demandante señora María Nelly Echavarría tiene derecho a percibir una pensión de sobrevivientes en calidad de madre del Cabo Segundo (póstumo) Rodrigo Antonio Garcés Echavarría equivalente a un 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que el causante laboró por más de 3 años, 9 meses y 15 días, encuadrándose esta situación en lo dispuesto en el artículo 189 literal d) *ídem* arriba transcrito, prestación que será reconocida a partir del 6 de septiembre de 1996 fecha de muerte de su hijo, pero con efectos fiscales a partir del 9 de junio de 2005, tal y como lo indicó el Tribunal Administrativo de Atlántico en audiencia inicial y que fue confirmado en el fallo, de acuerdo con la prescripción parcial de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 9 de junio de 2009, fecha en que se presentó la primera reclamación³⁰.

De otra parte, en relación con los descuentos ordenados en la sentencia recurrida, la Sala considera que como bien lo dispuso el a quo, procede el descuento de lo que la entidad efectivamente hubiere pagado a la señora María Nelly Echavarría por virtud de la compensación por muerte, equivalente a 48 meses de los haberes correspondientes, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, en los términos ordenados en la Resolución 1530 de 14 de abril de 1998.

5.3. Conclusión

Vistas las consideraciones que anteceden, la señora María Nelly Echavarría tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Rodrigo Antonio Garcés Echavarría quien falleció siendo soldado voluntario en combate por acción directa del enemigo, fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, esto de conformidad con el Decreto 1211 de 1990; prestación que equivale al 50% de las partidas computables en el artículo 158 *ibídem*, efectiva a partir del 6 de septiembre de 1996 fecha de la muerte del causante pero con efectos fiscales a partir del 9 de junio de 2005 por prescripción cuatrienal.

6. Decisión de segunda instancia

730012333000201300058 01(3791 – 2013), Demandante: Flor Elba Ramírez De Muñoz y Carlos José Muñoz Bedoya, Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

³⁰ Folios 133 a 143



Número Interno: 3271-2013
Demandante: María Nelly Echavarría

Conforme al análisis precedente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, el 28 de junio de 2013 por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, pero se aclara que la entidad demandada deberá efectuar el reconocimiento de la pensión desde el 6 de septiembre de 1996 con pago de mesadas pensionales atrasadas a partir del 9 de junio de 2005.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2013, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, que accedió a las súplicas de la demanda promovida por la señora **María Nelly Echavarría** contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y ACLARAR** que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes será a partir del 6 de septiembre de 1996 fecha de muerte del causante, pero con efectos fiscales desde el 9 de junio de 2005 por prescripción cuatrienal.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS



Número Interno: 3271-2013
Demandante: María Nelly Echavarría

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ