



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR-CESAR
Valledupar, seis (06) de octubre de dos mil catorce (2014).

Acción : NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JUDITH HORTENCIA MARTINEZ HERRERA
Demandado : LA NACION - MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL
Radicación : 20-001-33-31-001-2012-00216-00

I. ASUNTO

Procede este Despacho a dictar sentencia en el presente proceso, promovido por JUDITH HORTENCIA MARTINEZ HERRERA, a través de apoderado judicial, contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

II.- PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del Oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la coordinadora del Grupo de Prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional la Dra. Karina de la Ossa Vivero, que negó de plano el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Judith Hortencia Martínez Herrera, por ser violatorio de la Constitución y la Ley.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a favor de La señora Judith Hortencia Martínez Herrera, en calidad de madre del Extinto CS (P) Fredy Enrique Herrera Martínez, con retroactividad al día a siguiente de la muerte (07 de Febrero de 1993).

Al aplicar el principio Constitucional de favorabilidad se debe hacer frente a lo contemplado, en el Artículo 189, literales A, B C, D y ss del Decreto 1211 de 1990, y si se llegare a declarar la prescripción de mesadas, tener en cuenta, que la misma está regulada en el artículo 174 de la misma normatividad y que esta corresponde a cuatro años (4).

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a reconocer y pagar a la parte actora por intermedio de su apoderado, o quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, prima semestral y de navidad incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado debidamente indexados.

CUARTA: Se condene a la entidad demandada en costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, por tratarse de un Interés Particular.

QUINTA: La Nación – Ministerio de Defensa- Ejercito Nacional, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTA: Que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 6 de la ley 270 de 1.996, no se fijen gastos, o aranceles del proceso, atendiendo que el presente proceso, es de naturaleza **CONTENCIOSO LABORAL**.

SEPTIMA: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.

III.HECHOS DE LA DEMANDA:

PRIMERO: Que el señor Fredy Henrike Herrera Martínez (Q.E.P.D.) con Cedula de Ciudadanía Numero 84.072.122, había sido incorporado legalmente en el Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional, en calidad de Soldado Regular (SLR) el día 26 de Julio de 1990, posteriormente fue ascendido como Soldado Voluntario (SLV) el día 01 de Enero de 1993, Prestando sus servicios hasta el día de su muerte el día 06 de Febrero de 1993.

SEGUNDO: Que el señor Fredy Henrike Herrera Martínez pertenecía al Batallón de Artillería Nro. 2 “La Popa”, y su último lugar de prestación de servicios fue en la Vereda la Florida del Corregimiento Pueblo Bello del Municipio de Valledupar (Cesar).

TERCERO: Que el Ejército Nacional con motivo del fallecimiento del joven militar adelantó el correspondiente informe administrativo por muerte número 003, habiendo calificado el fallecimiento del mismo como *en combate por acción directa del enemigo*.

CUARTO: Que consecuente con la calificación de la muerte del soldado como en combate, el Ejército Nacional lo Ascendió Póstumamente al Grado, de Cabo Segundo mediante Resolución No.05727 del 04 de Junio de 1993.

QUINTO: Que a la fecha de retiro por defunción el Soldado Voluntario del Ejercito Nacional, era soltero y no tenía hijos. La señora Judith Hortencia Martínez Herrera, hoy demandante era su madre y fue reconocida como beneficiaria, por el Ejército Nacional, para el pago de sus prestaciones sociales.

SEXTO: Que la Nación – Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional, mediante la resolución número 12178 del 05 de Noviembre de 1993 (Folios 09 al 11), reconoció y pagó **UNICAMENTE** cesantías definitivas dobles y una compensación correspondientes a 48 meses, a favor de la señora Judith Hortencia Martínez Herrera.

SEPTIMO: Que la señora Judith Hortencia Martínez Herrera, en nombre propio mediante apoderado solicitó ante el Ministerio De Defensa Nacional, Coordinadora Grupo

Prestaciones Sociales, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 12 de Marzo de 2012, invocando los principios Constitucionales de favorabilidad y de Igualdad, y exponiendo jurisprudencia del honorable Consejo de estado.

OCTAVO: Que el Ministerio de Defensa a través de la Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales mediante Oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de Mayo de 2012, firmada por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales Doctora Karina De La Ossa Vivero, NEGÓ DE PLANO el reconocimiento de la pensión manifestando entre otras cosas, que *“De lo expuesto anteriormente, se concluye que no hay lugar a efectuar trámite alguno tendiente a reconocer la pensión solicitada, toda vez que el Decreto 2728 de 1968, no consagraba pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, Grumetes e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia.*

NOVENO: Que con la respuesta anterior de fondo, negando la pensión de sobrevivientes, en el Oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de Mayo de 2012, firmada por la coordinadora del Grupo de Prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional Doctora Karina De La Ossa Vivero quedo Agotada la Vía Gubernativa, puesto que no es susceptible de recurso alguno.

IV. NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante considera que con la actuación del Ejército Nacional al dar respuesta Negando de plano la pensión de sobrevivientes mediante el acto expreso acusado en este libelo, se infringieron los siguientes preceptos:

Constitucionales: artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 Y 53, Legales art 1, 19 y 21 del C. S. T. Artículos 1º, 2º, 5º 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990 literales a) b) c) y d) y artículo 161 del C.P.A.C.A.

Que el acto administrativo demandado expone una violación flagrante al principio Constitucional de favorabilidad, consistente en la obligación que le asistía a la demandada de aplicar el principio de la referencia, y bajo éste liquidarle las prestaciones sociales de acuerdo a su grado póstumo, que por efectos del mismo lo convirtió en un Suboficial de la Fuerzas Militares, y las prestaciones de estos servidores, se encuentran reguladas por el art 189 literales a, b, c, y d del Decreto 1211 de 1.990. Este ordenamiento se debe aplicar, en forma preferente respecto al Decreto 2728 de 1.968 por ser la norma más favorable, y justa. Pues no se concibe como a la muerte de un oficial, o suboficial, compañero de lucha, fallecido en las mismas circunstancias, si se le liquide sus prestaciones sociales de acuerdo a su nuevo grado póstumo, y en cambio al soldado también ascendido póstumamente, no se le tenga en cuenta dicho grado para liquidar sus derechos prestacionales, y en particular la pensión de sobrevivientes que le concede el régimen de prestaciones sociales de las fuerzas militares.

Que la violación al principio de Favorabilidad se concretó en el acto administrativo que se está demandando, porque el Ejército Nacional, en las instancias de la vía gubernativa tuvo la oportunidad de reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes solicitada, donde ya tenía conocimiento de la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, que ha fijado su posición respecto a la muerte de los soldados fallecidos en combate, y que son ascendidos al escalafón de Suboficiales, manifestando la obligación, que tiene el Ministerio de Defensa, de liquidar las prestaciones sociales de acuerdo al nuevo grado póstumo, haciendo uso del principio de favorabilidad, y que para este caso es el decreto 1211 de 1.990 en sus artículos 189 literales, a,b,c, y reconocerles a su beneficiaria la pensión de sobrevivientes, y los demás derechos consagrados en dicho ordenamiento

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad accionada, por intermedio de su mandatario judicial contestó la presente demanda manifestando que frente los hechos son ciertos, sin embargo se opone y señala que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente el día 12 de marzo de 2012, por lo que se puede establecer que la prescripción de las mesadas pensionales se frenó el día 12 de marzo de 2012, fecha ésta de presentación del derecho de petición, es decir que en el presente caso las mesadas que aún no han prescrito son las comprendidas entre el 12 de marzo en adelante (sic).

Que de conformidad con los argumentos presentados comedidamente solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda y se declare probada excepción de prescripción y se condene en costas al apoderado de la parte demandante.

VII.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante presentó sus alegatos reafirmandose en sus pretensiones, afirmando que la entidad demandada desconoce que la prescripción en el escrito 174 del Decreto 1211 de 1990, en el que se refiere que si se llegare a declarar la prescripción de las mesadas, tener en cuenta que la misma está regulada en el artículo 174 de la misma normatividad y esta corresponde a 4 años, es decir que las mesadas pensionales si prescriben y para el caso que nos ocupa prescribieron a partir del 12 de marzo de 2008, cuatro años anteriores a la solicitud de pensión la cual se interpuso 12 de marzo de 2012.

Luego de hacer un recorrido de varios antecedentes jurisprudenciales, ratifica las pretensiones de la demanda para que profiera fallo favorable, puesto que los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, aportado en la demanda, en el que queda claro la obligación del Ministerio de Defensa Nacional cuando los soldados fallecen en combate y son ascendidos al escalafón de suboficiales de manera póstuma se les conceda a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta la norma contemplada en

el Decreto 1211 de 1990 artículo 189 literales a, b y d, que es el régimen de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

La parte demandada, presentó sus alegatos manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la misma, por cuanto es fácil deducir que no existe ningún tipo de supuesto factico y jurídico que respalden las afirmaciones de los actores y además que se le logró probar lo siguiente.

Que no se concreta definitivamente las causales por las cuales señala que la entidad ha actuado de manera viciada al no conceder a la prestación solicitada y se detiene únicamente a argumentar que el soldado voluntario Herrera Martínez, para efectos de sobrevivencia debía ser cobijado por las disposiciones del Decreto 1211 de 1990, en aplicación de los principios de igualdad y favorabilidad, sin que hasta el momento logre determinar con certeza argumentativa las razones que le hacen pensar que al momento de resolver la petición, la entidad vulneró aquellos, es decir no existe prueba de alguna modalidad de desigualdad, pues solo se remite a solicita que se aplique una norma de oficiales y suboficiales del Ejército a un soldado voluntario cuya legislación aplicable es el decreto 2728 de 1968 y la Ley 131 de 1985, lo cual en consideración de la defensa de entidad no es suficiente para establecer judicialmente la responsabilidad en la expedición de un acto viciado como lo pretende la actora.

Que es evidente que el soldado Herrera Martínez, se encontraba en un régimen prestacional anterior al que consagró la pensión de sobreviviente para los soldados muertos en combate, lo cual no aplica para el presente caso, puesto que ni aun para el 6 de febrero de 1993, fecha en la cual falleció el soldado voluntario había entrado en vigencia el Decreto ley 1793 de 2000, por el cual se expidió el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, norma que entrada para que a partir de su vigencia se concediera una pensión de sobreviviente a los familiares de los soldados profesionales muertos en combate, que conforme este régimen acredite que les asiste el derecho, ni cumplía el requisito de haber muerto en combate.

Finaliza diciendo que es de la esencia de la acción que el actor no deje dudas al fallador respecto a que el acto administrativo no se encuentra sujeto a la Ley para lo cual debe desplegar un caudal argumentativo y probatorio, que fundamente su posición respecto de la ilegalidad de acto, por tanto exponer su criterio de violación del acto tal cual se hace, no resulta suficiente para garantizar la aplicación de los principios de legalidad y debido proceso que deben ser observado por cualquier agente decisorio del estado.

El Ministerio Publico presentó su concepto haciendo un recorrido jurisprudencial sobre el caso en concreto, en los que bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de

1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

Que descendiendo en el caso en concreto, estima que no existe justificación válida para que los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicios, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya finalidad como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

Por lo que de acuerdo al material probatorio allegado al proceso encuentra que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague una pensión de sobreviviente en su calidad de beneficiaria del joven Fredy Enrique Herrera Martínez, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad e igualdad, se le debe aplicar el Decreto 1211 de 1990, en razón a que su hijo murió en combate por acción directa del enemigo, para cual ascendió póstumamente al grado de cabo segundo, por lo tanto de acuerdo a los anteriormente expuesto se le debe dar un trato igual que los demás oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

VIII.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de julio de 2012 (fol. 3) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 5 de marzo de 2013 (fl 37), se dio inicio a las notificaciones, a las entidad demandada (fl.38 y 39), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fls.43 al 56).

Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl.71), la cual luego de surtirse, y por no haber pruebas que decretar por cuanto se aportaron las necesarias por el demandante, se prescindió de la audiencia de pruebas, y se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva providencia.

IX.- CONSIDERACIONES

9.1- Pronunciamiento sobre Nulidades, y Presupuestos Procesales. No observa el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado, ni motivo alguno que impida un pronunciamiento de fondo.

Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales; en efecto, este Juzgado es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde se prestó el servicio; Demandante y Demandado tienen capacidad sustancial y procesal y la demanda fue presentada dentro del término legal para ello, por lo cual no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

9.2.- Problema Jurídico. En el caso bajo estudio se debe determinar si el oficio No. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la coordinadora del Grupo de Prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual negó de plano el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Judith Hortencia Martínez Herrera, por ser violatorio de la Constitución y la Ley, y en consecuencia el acto administrativo demandado debe ser anulado junto con su restablecimiento del derecho, conforme se solicita en las pretensiones; o si por el contrario la actuación cuestionada se encuentra ajustada a derecho, y por tanto el acto administrativo demandado sigue, gozando de la presunción de legalidad.

9.3.- La Tesis del Juzgado. Este Juzgado responderá que la entidad demandada debió reconocer y atender favorablemente la solicitud de pensión de sobreviviente a la señora Martínez Herrera, conforme lo establece el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y en los términos del artículo 53 Constitucional en aplicación de la mas favorable, y no negarlo, pues al no reconocerlo afecta además del ordenamiento jurídico, la capacidad adquisitiva en el disfrute de la pensión de sobreviviente de la demandante, lesionando sus derechos constitucionales.

94.- Premisas normativas. Planteado el problema jurídico sobre la aplicación del régimen general en este caso, es necesario esbozar el contenido normativo.

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 su artículo 8 dice:

(...)

“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”.

(....)

El Decreto 1211 de 1990, normatividad especial que regula el régimen prestacional de los Oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares, en su artículo 189 contenido en lo que tiene que ver con las prestaciones por muerte en combate consagrando lo siguiente:

(...)

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

- a. *A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*
- b. *Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*
- c. *Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en las Sentencias C-1032 de 2002 y C-101 de 2003, en relación con los cargos analizados en la misma.).*
- d. *Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto”.*

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

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

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

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

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

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

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

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

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

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

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

En principio, como el hijo de la demandante ostentaba la calidad de soldado regular no tendría derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990 para los

oficiales y suboficiales muertos en combate sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968.

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

Es preciso indicar que la consagración legal del derecho a la pensión de sobrevivientes se encaminan a proteger el núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, en razón a las especiales relaciones de afecto, convivencia y dependencia económica existentes entre ellos, las cuales ameritan una previsión especial con el objetivo de impedir el futuro desamparo de dichas personas, teniendo en cuenta que desde la Constitución Política se ha entendido que la familia constituye el sustrato fundamental de la sociedad.

Asimismo, en torno a la naturaleza del derecho prestacional en referencia la Corte Constitucional ha expresado¹:

“Concretamente, la pensión busca que “ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento². Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”³. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades.”⁴

(...)

Ahora bien, de todo lo dicho puede concluirse que existen dos elementos fundamentales en la institución de la pensión de sobrevivientes: el primero, es que dicha pensión es una prestación inserta en el sistema de la seguridad social, que pretende proteger a la familia del causante, de los perjuicios económicos derivados de su muerte.

En segundo lugar, que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio

¹ Sentencia C-1176 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Ver, entre otras, las sentencias T-190/93, T-553/94 y C-389/96.

³ Sentencia C-002 de 1999. MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte 3.3.

⁴ Cfr. Sentencia C-080 de 1999.

económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes.”.

De conformidad con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado⁵, la demandante en su calidad de madre del soldado muerto en combate tiene derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).

El Consejo de Estado a partir de postulados constitucionales propios de un Estado Social de Derecho, como la igualdad y la favorabilidad, ha modulado la interpretación de las leyes cuya exposición antecede y ha concluido⁶:

“Ahora bien, es cierto que el artículo 8° del referido estatuto 2728 no contempló como prestación a favor de los beneficiarios legales, la pensión en el caso de muerte del soldado en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, y que tal derecho lo establece el decreto Ley 1211 de 1990 cuando fallecen en esas condiciones los oficiales y suboficiales.

Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la Ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que si concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8° de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenara

5

Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05)

⁶ Sentencia 1 de abril de 2004, expediente No. 1994-03 M.P Nicolás Pájaro Peñaranda

el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde a! 50% de las partidas previstas en el artículo 158 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional!"

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

En casos con contornos similares al presente, el Consejo de Estado⁷ ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad, así como proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, es viable aplicar el Decreto 1211 de 1990 con el objetivo de reconocer la pensión de sobrevivientes prevista en dicho régimen. Al respecto, se ha sostenido⁸:

"Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990, ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

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

⁷ Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila - Sentencia del dos (2) de agosto de dos mil doce (2012).- Expediente No. 050012331000200200672 01.-Número Interno: 1020-2010.-

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 7 de julio de 2011, Radicación No.: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba.

9.5.-Caso Concreto.-

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la coordinadora del Grupo de Prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional la Dra. Karina de la Ossa Vivero, que negó de plano el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Judith Hortencia Martínez Herrera, por considerar que viola la Constitución y la Ley; y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, con todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, primas semestral y de navidad, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretados debidamente indexados para la señora Judith Hortencia Martínez Herrera.

Por su parte la parte demandada, al contestar la demanda manifiesta que el soldado Herrera Martínez, se encontraba en un régimen prestacional anterior al que consagró la pensión de sobreviviente para los soldados muertos en combate, lo cual no aplica para el presente caso, puesto que ni aun para el 6 de febrero de 1993, fecha en la cual falleció el soldado voluntario había entrado en vigencia el Decreto ley 1793 de 2000, por el cual se expidió el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares.

9.6.- Hechos relevantes probados. En el presente asunto se demostró que:

1°.- El Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), prestaba sus servicios, en el Batallón de Artillería No. 2 La Popa de Valledupar, cuando pereció en un ataque por miembros de la cuadrilla XIX de las FARC, el día 6 de febrero de 1993. (fl. 6)

2ª Que el Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), al momento de su muerte llevaba un (1) año y siete (7) meses y diecisiete (17) días como miembro del Ejército Nacional. (fl.7).

3° Que a el Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), mediante resolución No. 05727 del 4 de junio de 1993, fue ascendido de forma póstuma al grado de Cabo Segundo (fl. 8).

4°. Que a la señora Judith Hortensia Martínez Herrera es la madre sobreviviente del Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), (fol.13 Registro Civil de Nacimiento).

5°. La demandante en nombre propio mediante apoderado solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 12 de Marzo de 2012, invocando los principios Constitucionales de favorabilidad y de Igualdad, y exponiendo jurisprudencia del honorable Consejo de Estado. (fls 2-3)

6°. La demandada a través de la Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales mediante Oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales Doctora Karina De La Ossa Vivero, negó de plano el reconocimiento de la pensión. (fl 4).

En atención a la aludida directriz jurisprudencial, en consonancia con el artículo 44 de la Constitución Política, para este Despacho resulta aplicable el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹ que en el caso concreto, inaplicó el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Sobre este particular, la Sección Segunda, mediante Sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 1994-2003. MP. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sostuvo que:

"(...) Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.(...)"

Con fundamento en lo anterior, el despacho precisará, que conforme a los argumentos jurídicos señalados, le asiste derecho a la demandante de obtener la nulidad del acto demandado y el consecuente restablecimiento del derecho, en los términos de su escrito de demanda.

⁴Artículo 4°. - La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

⁹ Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila - Sentencia del dos (2) de agosto de dos mil doce (2012).- Expediente No. 050012331000200200672 01.-Número Interno: 1020-2010.-

9.7.- Consideraciones generales: En aplicación de los principios de favorabilidad, equidad y justicia emanados de la carta superior, y que las normas legales aplicables al caso en concreto son las ya mencionadas, en el presente asunto es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante. Pues está demostrado y no es objeto de discusión en el presente proceso que la señora Judith Hortensia Martínez Herrera es la madre sobreviviente del Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), según Registro Civil de Nacimiento aportado al proceso.

Visto lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a la pensión y siguiendo la orientación jurisprudencial del tribunal supremo de lo contencioso administrativo¹⁰, este operador judicial concederá a la demandante el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, la indexación de acuerdo a la base salarial que sirve como fundamento para el reconocimiento de la pensión y a su pago. Igualmente se ordenará la inclusión de todos los factores salariales del Decreto 1211/90.

9.8.- Conclusión. A la demandante les son aplicables los artículos 1,2,5,185 y 189 del Decreto 1211 de 1990, que regulan la posibilidad de solicitar y acceder a la pensión de sobrevivientes, dejando de lado en razón del principio de favorabilidad en materia laboral, las disposiciones del Decreto 2728 de 1968, pues, aquellas resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en combate a los Miembros del Ejército Nacional en el ordenamiento que rige la materia.

Para este Despacho los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este Juzgado proceda a conceder el presente medio de control, pues se avizora que el acto demandado es contrario a las normas pensionales aplicadas a la actora, pues, desconocen los derechos establecidos en el régimen de previsto en la Ley 1211 de 1990, de conformidad con el principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de la igualdad su beneficiaria tiene derecho a la pensión de sobreviviente prevista en la ley arriba descrita.

En consecuencia, el acto administrativo oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales Doctora Karina De La Ossa Vivero, mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la demandante, desconoce las normas superiores en las que debía fundarse y en consecuencia se declarará su nulidad.

¹⁰ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 9 de Febrero de 2006. Exp. No 15001-23-31-000-2001-00139-01 (2571-05) M.P. TARCISO CACERES TORO.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará reconocer y pagar a la actora la pensión de sobreviviente de acuerdo con el literal d), del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem, a partir de cuatro (4) años anteriores de la solicitud pago pensión de sobrevivientes por muerte del Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), es decir desde la fecha de 12 de marzo de 2008 (fol.2-3), en aplicación del fenómeno de la prescripción cuatrienal, dicho prodigio se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la accionada de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual dice:

“ARTICULO 174. PRESCRIPCION. 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”.

La suma ordenada a cancelar será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según esta fórmula, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el correspondiente al monto de la partida pensional, 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), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo. Los intereses serán reconocidos conforme al último inciso del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional de sobreviviente fue formulada el día 12 de marzo de 2012, por lo que los beneficios de la asignación de la pensión se le dará aplicación desde el 12 de marzo de 2008, es decir, cuatro años antes, por virtud de la prescripción cuatrienal.

Costas.

Finalmente, teniendo en cuenta que las pretensiones persiguen un reconocimiento laboral y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de

mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en costas.

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. OFI12 - 46773 MDSGDAGPS - 1.10 del 07 de mayo de 2012, firmada por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales, negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Judith Hortensia Martínez Herrera, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ordenar a título de Restablecimiento de Derecho a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, reconocer, liquidar y pagar la sustitución pensional de Sobreviviente equivalente al 50% a la señora JUDITH HORTENCIA MARTINEZ HERRERA, identificada con la cedula de ciudadanía número 49.729.155, en su condición de madre sobreviviente del Soldado Voluntario del Ejército Nacional Freddy Enrique Herrera Martínez (QEPD), a partir del día 12 de marzo de 2008, es decir, cuatro años antes de su solicitud, esto en virtud de la prescripción cuatrienal, y de acuerdo a lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

TERCERO: Los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma prevista en el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en los artículos 189 y 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase



JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar

PFMA