



JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

"Sistema Oral – Ley 1437 de 2011"

SENTENCIA

Santa Marta, Veintiséis (26) de Agosto de Dos Mil Trece (2013)

Expediente: No.47-001-3333-0007-2012-00120-00

Demandante: AYDA MORENO DE CORTES

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –
EJERCITO NACIONAL**

Medio de control: N Y R DEL DERECHO

Jueza Administrativa: Dra. BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

Evacuadas las etapas procesales dispuestas en la Ley 1437 de 2011, y al no observarse causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, este Juzgado procede a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia, para decidir las pretensiones del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoada por la señora **AYDA MORENO DE CORTES**, por intermedio de apoderado en contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**.

I. ANTECEDENTES

La señora AYDA MORENO DE CORTES, actuando mediante apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control del Nulidad y Restablecimiento del Derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con las siguientes,

1.1. PRETENSIONES:

Solicita la parte actora se declare la nulidad del oficio No. OFL12 – 49958 MDSGDAGPS – 1.10 del 16 de Julio 2012, por medio del cual la Coordinadora de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, niega el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

En consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora que se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de madre del extinto GEOVANNY CORTES MORENO, con la retroactividad del día siguiente de la muerte de este.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional a reconocer y pagar todas las sumas correspondientes a las mesadas pensionales, primas semestral y de navidad incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado, debidamente indexado.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA:

En la plataforma fáctica de la demanda, la parte actora señala, que el señor GEOVANNY CORTES MORENO, había sido incorporado legalmente al Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional en calidad de soldado regular el día 16 de junio de 1994, posteriormente fue ascendido como soldado voluntario el 10 de enero de 1996, prestando sus servicios hasta el día de su muerte el día 25 de octubre de 1996.

Relata que el señor GEOVANNY CORTES MORENO, pertenecía al Batallón de Contraguerrillas No. 02 "Guajiros", acantonados en la ciudad de Santa Marta Magdalena, último lugar donde prestó sus servicios.

Indica que el señor GEOVANNY CORTES MORENO, a la fecha de su retiro por defunción, era soltero y no tenía hijos, por lo tanto en calidad de madre fue reconocida como beneficiaria, para el pago de sus prestaciones sociales.

Manifiesta, que el Ejercito Nacional con ootivo del fallecimiento del Joven militar adelantó el correspondiente informe administrativo por muerte No. 005-96 calificando el fallecimiento del mismo como muerte por acción directa del enemigo o en combate.

Informa que consecuente con la calificación de su muerte como en combate, fue ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo por la demandada mediante Resolución 00063 del 16 de enero de 1997.

Afirma que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, Mediante la Resolución No. 07613 del 26 de junio de 1997, reconoció a la demandante como beneficiaria, y le pagó sus prestaciones sociales, desconociendo la pensión de sobreviviente que es el motivo que origina esta acción.

Expone que la señora AYDA MORENO DE CORTES, solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinadora de Prestaciones sociales, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente el 20 de marzo de 2012, de lo cual recibió respuesta mediante oficio No. Ofi12-49958 MDSGDAGPS -1.10 del 16 de julio de 2012, firmada por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales Doctora Lina María Torres Camargo, negando de plano el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA:

La parte actora previamente cita como fundamento de su acusación las

- Constitución Política, artículos 2, 4, 13, 23, 25, 48 y 53.
- Código sustantivo del trabajo artículos 1,19, y 21.
- Ley 27 de 1992, artículo 10
- Decreto 1211 de 1990 artículos 1º, 2º 5º 185 y 186
- C.P.A.C.A. artículo 161 literales a), b), c) y d).

Asegura la parte demandante 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 este 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.

En asocio a lo anterior expone que se violó al principio de Favorabilidad, 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,D, y reconocerles a su beneficiaria la pensión de sobrevivientes, y los demás derechos consagrados en dicho ordenamiento.

Arguye que la violación en forma puntal, se dio porque asistiéndole la obligación a la demandada de liquidar y pagar las prestaciones sociales de acuerdo al decreto 1211 de 1.990, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en aplicación del principio de Favorabilidad por el Ascenso Póstumo, erradamente tomo como fuente de derecho el decreto 2728 de 1.968, y bajo el gobierno de esta última negó la pensión de sobrevivientes.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 16 de octubre de 2012 (fl.14), seguidamente en auto de fecha 18 de diciembre de 2012 (Fl.32-33), se procedió a admitir el presente medio de control ordenándose la notificación personal al señor MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, al COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y al AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, y por estado a la parte actora, este auto se notificó por estado electrónico el día 28 de enero de 201 (fl.32-33).

Seguidamente fueron cancelados los gastos procesales en fecha 14 de enero de 2013 (fl.34) y se recibió contestación de la demanda por parte del ente demandado (fl. 52-70).

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, contestó de manera extemporánea la demanda, por lo tanto se tuvo por no contestada (fl.52 -59).

2.2. AUDIENCIA INICIAL:

Mediante auto del 26 de abril se fijó para el día 30 de mayo de 2013, fecha para audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se realizó el saneamiento de las posibles nulidades, ahondó acerca de la posibilidad de conciliación entre las partes, se decretaron las pruebas y se procedió a fijar el litigio circunscribiéndolo a los siguientes puntos:

- Si el ex soldado voluntario Geovanny Cortes Moreno, al momento de producirse su muerte, contaba con el tiempo de servicio necesario para que sus beneficiarios tuvieran derecho acceder a una pensión de sobreviviente; y dentro de ello estudiar si está ajustado a derecho dar aplicación bajo los fundamentos facticos al principio de favorabilidad de las normas.
- Si una vez se llegare a determinar que el acto administrativo (Oficio Nro. OFI12 – 49958 MDSGDAGPS – 1.10 del 16 de Julio de 2012) está viciado de nulidad, establecer si la señora Ayda Moreno De Cortes tiene derecho al 100% pensión de sobreviviente.

2.3. AUDIENCIA DE PRUBAS:

El día 10 de julio, se realizó audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de C.P.C.A., en la cual se allegaron y exhibieron los siguientes documentos; los cuales fueron solicitados en audiencia inicial:

- ❖ Certificación emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil donde se deja constancia que no se encontró información acerca del, señor Luis Cortes Morelo de lo solicitado mediante oficio J7ASM-0813 (fl.87).
- ❖ Copia de la Resolución No.3391 del 13 de noviembre de 2008 que resuelve sobre el 50% de los valores reconocidos por concepto de prestaciones sociales a favor del señor Luis Cortes Morelo, dejado a salvo en el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución No. 7613 del 26 de junio de 1997, (FL. 93-96).
- ❖ Copias del expediente administrativo del finado Geovanny Cortes Moreno, aportadas en audiencia por parte de la apoderada del

2.4. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO:

En atención a lo establecido por el en inciso final del artículo 181, el Despacho consideró que la audiencia de alegaciones y juzgamiento era innecesaria, por lo cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia de pruebas.

ALEGATOS:

- ✓ **Alegaciones de la parte demandante (Fls.180-188):** el apoderado de la parte actora manifiesta, que es reiterada la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que cuando los soldados fallecen en combate y son ascendidos de manera póstuma se le debe reconocer su pensión de conformidad con el decreto 1211 de 1990, que es el régimen especial de los Suboficiales de la Fuerzas Militares y contempla pensión de sobreviviente para los Suboficiales fallecidos en combate como es el hecho concreto del presente proceso. Además que no se debe olvidar que el soldado Geovanny Cortes Moreno, fue ascendido a cabo segundo de manera póstuma y este grado pertenece a la jerarquía de los suboficiales de las Fuerzas Militares. Manifestó que para conceder la pensión de sobreviviente no se requiere dependencia económica de los padres frente a los hijos fallecidos toda vez que la norma que sirve como fundamento, y que se manifestó en el escrito de demanda, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado, es el Decreto 121 de 1990 artículo 189, y ss, en ninguno de su contenido exige dependencia económica, como condición para el pago de las prestaciones sociales.
- ✓ **Alegaciones de la parte demandada (Fls.193-196):** la apoderada de la entidad demandada solicita se nieguen las pretensiones de la parte actora porque considera que la parte demandante no probó que legalmente tuviese derecho a lo pretendido, y por último que los miembros de las fuerzas militares están regidos por una legislación especial, mas no por la Ley 100, estableciendo la excepción para que le sea o le fuera aplicada al actual demandante.
- ✓ **Concepto del Ministerio Público (Fls.193-196):** el señor Agente del Ministerio Público, conceptualizo, indicando que se debe declarar la nulidad del oficio OFI12-49958 MDGSDGAPS-1.10 del 16 de julio de 2012, proferido por el Ministerio de la Defensa Nacional mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada como consecuencia de la muerte del cabo segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno; y condenar a la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional a reconocerle, liquidarle y pagarle a la señora Ayda Moreno De Cortes, en su calidad de madre, la pensión de sobreviviente como consecuencia de la muerte del cabo segundo

(póstumo) Geovanny Cortes Moreno, en el porcentaje que corresponda de conformidad con los parámetros planteados en el artículo 185 del decreto 1211 de 1990.

III. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE VALIDEZ.

Es necesario que el Despacho se pronuncie acerca de la existencia de dos actos administrativos que niegan el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de los cuales solo fue demandado uno.

En lo atinente a la Resolución visible a folio 190, de la cual se desprende que el 13 de octubre de 2008 la entidad había negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente; es decir que para el año de 2012, fecha de la petición de pensión, ya existía un acto administrativo que negaba tal prestación. Sin embargo esta situación que no fue posible verificar en la etapa inicial porque nada dijo la demandante y la demandada no hizo sustentación alguna ni aportó prueba al respecto, no tiene la potestad de conllevar a una decisión inhibitoria.

En primer lugar estamos frente a una prestación periódica, lo cual quiere decir que la petición del 20 Marzo de 2012, no se hizo con la finalidad de revivir términos y por tanto obligar al Despacho a hacer estudio de caducidad; en segundo lugar, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado y dando una aplicación extensiva de la norma art. 163 del C.P.A.C.A, si existen dos actos administrativo que niegan tal prestación periódica, mal podría el juzgador resolver acerca de un acto y dejar incólume el otro.

Por las anteriores razones, teniendo en cuenta que le está prohibido al Juez tomar decisiones inhibitorias, que este acto administrativo no se pudo ventilar en la fijación del litigio, que esta clase de pretensiones no están sujetas al requisito de procedibilidad de la conciliación y que tampoco está sujeto a la caducidad resolverá acerca de los dos actos administrativo que negaron el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a dilucidar en el presente asunto, versa sobre lo siguientes:

2.1. Problemas jurídicos:

- Determinar si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. OFI12 – 49958 MDSGDAGPS – 1.10 del 16 de Julio de 2012, a través del cual la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional le negó la pensión de sobreviviente a la señora AYDA MORFNO DE CORTES. con

ocasión de la declaratoria de muerte en combate de su hijo GIOVANNY CORTES MORENO.

- Si el ex soldado voluntario Giovanni Cortes Moreno, al momento de producirse su muerte, contaba con el tiempo de servicio necesario para que sus beneficiarios tuvieran derecho acceder a una pensión de sobreviviente; y dentro de ello estudiar si está ajustado a derecho dar aplicación bajo los fundamentos facticos al principio de favorabilidad de las normas.
- Si una vez se llegare a determinar que el acto administrativo (Oficio Nro. OFI12 – 49958 MDSGDAGPS – 1.10 del 16 de Julio de 2012) está viciado de nulidad, establecer si la señora Ayda Moreno De Cortes tiene derecho al 100% pensión de sobreviviente.

3. HECHOS PROBADOS:

Tiendo en cuenta la relación de pruebas allegadas al proceso se puede establecer con claridad que se encuentran probadas las siguientes premisas:

- Que el finado Geovanny Cortes Moreno, nació el 1º de diciembre de 1987, hijo de de Luis Cortes Morelo y Aida Moreno Licona.
- Que el extinto Geovanny Cortes Moreno, ingresó al Ejercito Nacional en calidad de soldado regular el 16 de junio de 1994 y se licenció el 10 de diciembre de 1995 (fl.108).
- Que ingresó al Ejercito Nacional en calidad de soldado voluntario el 15 de enero de 1996 (fl. 154).
- Del informe administrativo por muerte visible a folio 23 se puede apreciar, que el señor Geovanny Moreno de Cortes fue herido en combate en el área del Corregimiento de Sitionuevo Municipio de Barrancas Guajira en medio de la operación "demoledor", el día 25 de octubre de 1996, donde falleció al ser trasladado hacia la ciudad de Valledupar por el grupo mecanizado No. 2 "RONDON", (fl.23).
- Que Geovanny Cortes Moreno mediante Resolución No.00063 del 16 de enero de 1997, le fue horrada su memoria y ascendido de manera póstuma al grado de Cabo Segundo, con novedad fiscal 25 de octubre de 1996 (fl.25).
- A través de la Resolución No. 07613 de 26 de julio de 1997, el Jefe de la División de Prestaciones Sociales y el Secretario General del Ministerio de Defensa reconocieron y ordenaron el pago de unas prestaciones sociales a favor de los señores Aida Moreno de Cortes y Luis Cortes Morelo, en su condición de padres del Cabo Segundo (Póstumo) Geovanny Cortes Moreno y la suma de \$16.586.476 por concepto de cesantía definitiva y compensación por muerte; la mencionada suma de dinero fue dividida en un 50% para la

señora Aida Moreno de Cortes (\$8.293.238.46) y el otro 50% perteneciente al señor Luis Cortes Morelo, (\$8.293.238.46) fue dejado a salvo en poder del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 6, 7, 8).

- Que el 50% de las prestaciones reconocidas a favor del Luis Cortes Morelo, y dejadas a salvo en el Ministerio de Defensa a fecha 13 de noviembre de 2008, no había sido retirado por parte del beneficiario (fls. 93,94,95).
- Que El 20 de marzo de 2012, la señora Ayda Moreno de Cortes en su condición de madre del soldado voluntario Geovanny Cortes Moreno solicitó mediante apoderado judicial ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, (fls. 15 a 16).
- Que El 16 de julio de 2012 la Coordinadora del Grupo Archivo General Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional mediante Oficio No. OFL12-49958 MDSGDAGPS-1.10 negó la referida solicitud, con el argumento de que el Decreto 2728 de 1968, no consagra pensión a favor de los beneficiarios legales del personal Soldados, Grumetes e Infantes de Marina, de las fuerzas Militares de Colombia (fl. 17).

4. TESIS DEL DESPACHO:

Teniendo en cuenta los hechos que se encuentran probados dentro del plenario, el Despacho concederá las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos que a continuación se explican.

5. MARCO JURÍDICO:

5.1. Artículo 53 de la Constitución Nacional, contempla el principio fundamental de la favorabilidad para el trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

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

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

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

A la muerte de un soldado o grumete en servicio, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento

y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo Segundo Marinero”.

Subrayado fuera del texto legal.

De conformidad con esta norma, se puede observar que el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, contenido en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado voluntario Geovanny Cortes Moreno, únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y, el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier prestación pensional, entre ella la reclamada por el demandante, se encuentra excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

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

"MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente 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.

Subrayado fuera del texto legal.

Atendiendo la literalidad de la norma antes transcrita, se puede evidenciar, el trato desigual entre las prestaciones que se le reconocen a los soldados muertos en el desarrollo propio de sus funciones de que trata el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y las contenidas en el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

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

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

Pero, la Sala estima que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado 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 mas favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189 letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, que corresponde al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 íbidem, 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.”.

Siguiendo el pronunciamiento jurisprudencial antes referenciado, nuestro máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, ha venido sosteniendo este criterio, y en un caso semejante al que ahora es objeto de decisión se encuentra la providencia del 7 de julio 2011 dentro del proceso No. 700012331000200400832 01 Interno: 2161-2009 en el que se manifestó:

“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

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

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

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4^º de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.”

6-. CASO CONCRETO.

Observa el Despacho que mediante el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la señora Ayda Moreno de Cortes, en su condición de madre del cabo segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno, fallecido en actos propios del servicio, pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente de acuerdo con el régimen prestacional previsto para los miembros de las Fuerzas Militares, en el Decreto 1211 de 1990 por ser esta norma la más favorable.

6.1. De la Nulidad de los Acto Acusados.

Atendiendo los postulados jurídicos y jurisprudenciales antes invocados, y de los hechos probados en el plenario, se puede apreciar que el acto administrativo contenido en el oficio No. Ofi12-49958 MDSGDAGPS -1.10 del 16 de julio de 2012, emitido por Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional y la Resolución No. 3991 del 13 de noviembre de 2008, mediante el cual negó de plano el reconocimiento de la

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

⁴ “**Artículo 4º.-** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

pensión de sobreviviente a la demandante, se encuentran viciado de nulidad, porque probado está en el expediente, que la muerte del cabo segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno se produjo en actos propios de sus funciones, y que con ocasión a su muerte fue ascendido de manera póstuma a cabo segundo, pues entonces el acto acusado al darle aplicación al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social contenidos en el artículo 13 y 53 constitucional, al cabo segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno, frente a los beneficiarios de suboficiales y oficiales muertos en las mismas circunstancia, en tanto no contemplaba la posibilidad de reconocerle una pensión de sobreviviente de la que trata el artículo 189 del decreto 1211 de 1990.

Ahora bien, en ese orden de idea el Despacho considera que la pretensión perseguida por la demandante en que la Nación- Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, le reconozca a titulo de restablecimiento del derecho la pensión de sobreviviente en su condición de madre del extinto cabo segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno, está llamada a prosperar en un 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que el tiempo que duró vinculado éste al servicio del Ejercito Nacional no supera los 12 años de que trata el literal D) del artículo 189 ibídem.

Asimismo, el Despacho considera que la pensión de sobreviviente a recocer a la demandante, corresponderá a la mitad de ese 50%, pues el otro 50% está en cabeza del padre de este, señor Luis Cortes Morelo, quien no se hizo parte dentro del proceso.

Pues entonces, la pensión de sobreviviente, a que tiene derecho la demandante será reconocida a partir del 20 de marzo de 2008, por cuanto operó el fenómeno de la prescripción cuatrienal de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990¹, atendiendo que el derecho de petición mediante el cual se solicitó el reconocimiento de dicha pensión, que interrumpe el termino de prescripción, fue presentado el día 20 de marzo de 2012.

Las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante serán ajustadas en los términos del inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

¹ 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)

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

También deberán ser descontadas de las sumas adeudadas lo pagado a la parte actora por concepto de compensación por muerte, pues el daño que cubre tal prestación entraría a ser cubierto con el reconocimiento pensional, esto de conformidad con lo manifestado en distintas oportunidades por el honorable nuestro Honorable Consejo de estado².

7. Condena en Costas:

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede el despacho a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. dispone que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante.

También se debe precisar que las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas; que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo. Y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se condena en costas a la parte demandante, al pago de las expensas, de acuerdo a la liquidación que hiciere el Secretario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 393 del C.P.A.C.A., a favor de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: Declárese la nulidad del Oficio No. Ofi12-49958 MDSGDAGPS - 1.10 del 16 de julio de 2012 y la Resolución No. 3991 del 13 de noviembre de 2008, suscrito por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Radicación No.: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05), Actor: Hernando de Jesús Olarte y Otra.

de Defensa Nacional, que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Ayda Moreno de Cortes, como consecuencia de la muerte del Cabo Segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno.

SEGUNDO: Condénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional reconocerle, liquidarle y pagarle a la señora Ayda Moreno de Cortes, la pensión de sobrevivientes como consecuencia de la muerte del Cabo Segundo (póstumo) Geovanny Cortes Moreno, con efectos a partir del 20 de marzo de 2008.

TERCERO: La cuantía de la prestación se determinará de acuerdo con el literal d), del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, esto es una suma equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibídem*, de la cual se le reconocerá únicamente la mitad de lo que resulte de este 50%, atendiendo lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Descuéntese de los valores adeudados lo pagado por concepto de prestaciones sociales por compensación por muerte.

QUINTO: Declárese la prescripción cuatrienal de la mesada pensionales causadas con anterioridad al 20 de marzo de 2008 de conformidad con el artículo 174 del decreto del decreto 1211 de 1990.

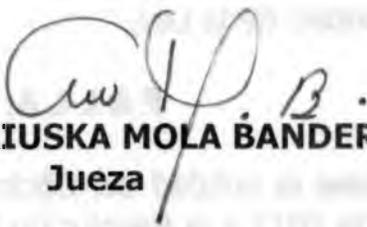
SEXTO: Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

SÉPTIMO: Condénese en costas a la entidad demandada. Por secretaría líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 392 del C.P.C. y por lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Désele cumplimiento a la sentencia en los términos y en la forma establecida en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO: Si no fuere apelada la Sentencia ordénese su archivo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.


BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA
Jueza