

República de Colombia
Rama Judicial



Distrito Judicial Administrativo de Sucre
Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo

Sincelejo, quince (15) de julio de dos mil trece (2013)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado N°: 700013333006-2012-00097-00
Demandante: Bersanilda Suárez Ibarra y Pedro Sánchez Velásquez
Demandado: Nación (Ministerio de Defensa - Armada Nacional)

Tema: Reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor de beneficiarios de Cabo Segundo Póstumo, consagrada en el Decreto No. 1211 de 1990.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda (*fls. 20-31*).

1.1.1. Partes.

Demandantes: Bersanilda Suárez Ibarra identificada con la C.C. No. 42.650.027 y Pedro Sánchez Velásquez identificado con la C.C. No. 70.521.051, quienes actuaron a través de apoderados judiciales (*fls. 1, 36, 128*).

Demandada: Nación (Ministerio de Defensa - Armada Nacional), quien actuó a través de su representante legal y apoderada judicial (*fls. 44-53, 79*).

1.1.2. Pretensiones (*fls. 21, 22*).

Que se declare la nulidad del oficio No. OFI12 - 58566 MDSGDAGPS - 1.10 del 25 de junio de 2012, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el

cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la y al demandante.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada que le reconozca la pensión de sobreviviente al y a la demandante, en calidades de padre y madre del CS Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), con retroactividad al día siguiente de su muerte.

Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la parte demandante, las sumas correspondientes a sus mesadas pensionales, prima semestral y de navidad, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado, debidamente indexados.

Que se actualice la condena respectiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Que se condene a la entidad demandada en costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

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.

Que si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad demandada liquide los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.

1.1.3. Hechos (fl. 20-21).

El señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), fue incorporado

legalmente al Ministerio de Defensa - Armada Nacional, en calidad de Infante de Marina Regular (IMR) el día 4 de febrero de 1995, y prestó sus servicios hasta el día de su muerte el 7 de enero de 1996.

El Deceso del señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), fue calificado por la Armada Nacional, como en combate por acción directa del enemigo, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

El señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q. e. p. d.), pertenecía al Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 5, y su último lugar de prestación de servicios fue en el Corregimiento de Chinulito, en jurisdicción de Sincelejo (Sucre).

A la fecha de retiro por defunción, el señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q. e. p. d.), era Infante de Marina Regular de la Armada Nacional (IMR), que equivale a un soldado regular que se encuentra pagando el servicio militar obligatorio, y fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, mediante Resolución No. 00120 del 10 de abril de 1996.

El señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q. e. p. d.), era soltero, y no tenía hijos. La señora Bersanilda Suárez Ibarra y el señor Pedro Sánchez Velásquez son sus padres, y fueron reconocidos mediante la Resolución No. 2698 del 6 de septiembre de 1996, por la Armada Nacional como beneficiarios para el pago de sus prestaciones sociales.

La y el demandante, le solicitaron al Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 31 de mayo de 2012.

El Ministerio de Defensa Nacional a través de la Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales, mediante Oficio No. OFI12 - 58566 MDSGDAGPS - 1.10 del 25 de junio de 2012, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

1.1.4. Normas violadas y concepto de violación (fls. 22-28).

1.1.4.1. Normas violadas (fl. 22).

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

Legales: Artículos 1, 19 y 21 del C.S.T.; 1, 2, 5, 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990 literales a) b) c) y d).

1.1.4.2. Concepto de violación (fls. 22-28).

La parte demandante manifestó, que con el acto administrativo demandado se violó el principio constitucional de favorabilidad, en cuanto no se reconocieron las prestaciones sociales consagradas en el Decreto No. 1211 de 1990, sino las contempladas en el Decreto No. 2728 de 1968. Lo anterior, teniendo en cuenta, que no se concibe que a un oficial o suboficial muerto en las mismas circunstancias que un soldado, se le liquiden sus prestaciones sociales de acuerdo a su nuevo grado póstumo, en cambio, al Infante de Marina, también ascendido póstumamente, no se le tenga en cuenta el nuevo grado para liquidar sus derechos prestacionales y en particular la pensión de sobrevivientes.

Indicó además, que la negativa de la entidad demandada a reconocer el pago de la pensión de sobrevivientes, viola también el derecho al mínimo vital, pues por la muerte de su hijo, quedaron abandonados y en total desprotección, por falta del apoyo económico que este les brindaba.

Precisó, que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial, de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

1.2. Etapas procesales principales.

La demanda fue presentada el 8 de noviembre de 2012 (fl. 31). El 23 de noviembre de 2012, se admitió la demanda (fls. 35-36). El 30 de noviembre de 2012, se notificó de la admisión personalmente al Agente del Ministerio Público ante el juzgado (fl. 36). El 28 de enero de 2013, se

notificó personalmente de la admisión de la demanda a la entidad demandada, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 39-43, 54-57). El 8 de mayo de 2013, se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 79). El 3 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia inicial, dentro de la cual se prescindió de la etapa probatoria, las partes alegaron de conclusión y se informó el sentido de la sentencia (fls. 123-130).

1.3. Contestación de la demanda (fls. 58-66).

La entidad demandada dijo que son ciertos los hechos de la demanda expuestos en los ordinales primero a octavo; que no es cierto el del ordinal noveno que se refiere al agotamiento de la vía gubernativa.¹

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en tres argumentos principales; el primero, que si bien es cierto a la fecha de su muerte el señor Rubén Darío Sánchez Suárez tenía la calidad de Infante de Marina y con posterioridad a su muerte se le ascendió a Cabo Segundo, esto se hizo de manera honorífica, para honrar su memoria, según el Decreto 2728 de 1968, art. 8; el segundo argumento, que el Decreto 1790 de 2000 es posterior a la muerte del señor Rubén, por tanto su situación se rige por la norma anterior; el tercer argumento, que no es procedente que se le reconozca a la y al demandante la pensión de sobrevivientes, toda vez que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se exceptúan de manera expresa del Sistema General de Seguridad Social al personal de las Fuerzas Militares, por lo anterior no es procedente la pensión de sobrevivientes que solamente se le comenzó a reconocer a los soldados que ingresaron a prestar el servicio militar obligatorio a partir de la vigencia de la Ley 447 del 21 de julio de 1998.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó²:

¹ Cuyos argumentos fueron atendidos en la audiencia inicial, y a que se refiere a un hecho que no sustenta las pensiones de la demanda sino que anuncia el cumplimiento de un requisito para presentarla.

² En este acápite no se incluye el análisis sobre los motivos que el juzgado consideró constituyen excepciones previas y que fueron analizados y decididos en la audiencia inicial en la fase sobre decisión de excepciones.

Carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada. En cuanto, por la muerte del Infante de Marina Regular Rubén Darío Sánchez Suárez, la y el demandante tenían derecho a una compensación por muerte, y no a la pensión de sobrevivientes.

Inactividad injustificada del interesado - prescripción de mesadas pensionales. En el caso concreto, se debe aplicar el término de prescripción de 4 años que consagra el artículo 174 del Decreto No. 1211 de 1990, y tener en cuenta que el derecho a exigir la pensión de sobrevivientes solicitada, se configuró desde el momento en que a la y al demandante se les reconoció por medio de la Resolución No. 012698 del 6 de septiembre de 1996, la compensación por muerte.

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. De la parte demandante.

La parte demandante reiteró lo expresado en la demanda. Precisó, que para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida en la demanda, no se necesita probar la dependencia económica de los padres con el fallecido. Solicitó, que no se ordene la devolución de lo recibido como compensación, ya que ese dinero hace parte de los derechos prestacionales establecidos en el artículo 189 literal a del Decreto 1211 de 1990, y el acto administrativo que reconoció tal derecho no ha sido objeto de discusión, lo anterior, expresó la parte demandante, teniendo en cuenta providencias del H. Consejo de Estado que citó en la demanda.

1.4.2. De la parte demandada.

La parte demandada reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda. Precisó, que el ascenso de Rubén Darío Sánchez Suárez se produjo de manera honorífica y no para fines prestacionales. Dijo, que el Decreto 2728 de 1968 no contempló la pensión de sobrevivientes para esos casos. Pidió, que si bien el dinero

por compensación que con base en dicha norma se les pagó a los demandantes, estos lo recibieron de buena fe, se produce un detrimento patrimonial al Estado si se accediera a las pretensiones de la demanda no se ordena descontar las sumas recibidas de lo que le correspondería a la parte demandante por concepto de pensión de sobrevivientes. Lo anterior, explicó la parte, no es devolución de lo pagado como lo expresó la parte demandante en sus alegatos.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Se pretende en la demanda la nulidad del oficio No. OF112 - 58566 MDSGDAGPS - 1.10 del 25 de junio de 2012, a través del cual la entidad demandada le negó a la y al demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (fls. 4-5), reclamada por ellos con base en el Decreto 1211 de 1990.

Para la parte demandante, el acto administrativo demandado está viciado de nulidad, porque tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo Rubén Darío Sánchez Suárez, debido a que éste fue ascendido póstumamente con base en el Decreto 2728 de 1968 al grado de Cabo Segundo, y de acuerdo con el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, que debe ser interpretado a la luz del principio de favorabilidad, ya que no es admisible que ella se le reconozca a los Oficiales y Suboficiales muertos en las mismas circunstancias que un soldado, en cambio al Infante de Marina ascendido póstumamente no se le tenga en cuenta para el mismo fin.

Para la entidad demandada, el acto administrativo demandado no está viciado de nulidad, ya que a la parte demandante no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes solicitada, dado que el ascenso del Infante de Marina Rubén Darío Sánchez Suárez se le hizo de manera honorífica para honrar su memoria según el Decreto 2728 de 1968, art. 8., y el Decreto 1211 de 1990 no le es aplicable precisamente por la naturaleza de ese ascenso.

2.2. Como consecuencia de lo anterior, se formula como problema jurídico:

¿La y el demandante, como mamá y papá del Cabo Segundo póstumo de la Armada Nacional Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes establecida en el literal d) del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990³, a favor de los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que fallezcan en combate o como consecuencia de la acción del enemigo?

2.3. Con el objeto de llegar a la respuesta del interrogante planteado en el numeral anterior, el juzgado analizará los siguientes aspectos:

- Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.
- Tesis del H. Consejo de Estado frente al tema objeto del problema jurídico planteado.
- Análisis del caso concreto -respuesta al problema jurídico planteado.

2.4. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

La H. Corte Constitucional en la sentencia T-584/11, al señalar la naturaleza y la finalidad de la pensión de sobrevivientes, manifestó que esta constituye *“una prestación social, fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, la cual busca garantizar a los familiares de la persona fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes siempre estará ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital y por tanto adquiere el carácter de derecho fundamental”*.

³ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.”

Por su parte, la Sección Segunda-Subsección “B” del H. Consejo de Estado, en sentencia proferida el 2 de agosto de 2012⁴ en un caso de circunstancias similares al que nos ocupa, precisó que *“la consagración legal del derecho a la pensión de sobrevivientes se encamina 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”*.

Por eso el objeto del derecho a la pensión de sobrevivientes es proteger al núcleo familiar dependiente de quien fallece, con el fin de garantizarles el derecho fundamental al mínimo vital, y como quiera que la familia es la núcleo principal de la sociedad (art. 42 C.P.).

2.5. Tesis del H. Consejo de Estado sobre el tema objeto del problema jurídico planteado.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado⁵, al resolver litigios con características fácticas similares y jurídicas iguales a las del caso concreto, ha inaplicado el artículo 8 del Decreto No. 2728 de 1968, y ha ordenado a favor de los beneficiarios del soldado que muere con ocasión de la prestación de sus servicios a las Fuerzas Militares en combate o como consecuencia de la fuerza del enemigo, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes consagrada en el literal d) del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, en unos casos, dándole aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y en otros, al artículo 4⁶ de la misma, para garantizar el derecho a la igualdad y la protección del núcleo familiar del soldado.

⁴ Dentro del expediente radicado con el No. 05001233100020067201 (1020-2010), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁵ En las sentencia proferida por la Subsección “A” el 1 de abril de 2004, dentro del expediente radicado con el No. 07001-23-31-000-2001-1619-01 (1994-03), C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda; por la Subsección “B” el 30 de octubre de 2008, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05), C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; 7 de julio de 2011 dentro del expediente radicado con el No. 7001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, y el 2 de agosto de 2012, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-2002-00672-01 (1020-2010), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁶ La Constitución es normas de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Dicha Corporación para sustentar las decisiones orientadas en tal sentido, precisó que, dado que el Decreto No. 2728 de 1968⁷, sólo estableció en su artículo 8 el ascenso póstumo a Cabo Segundo de los soldados en servicio activo que fallezcan por heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, el reconocimiento y pago a favor de sus beneficiarios de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado (Cabo Segundo), y el reconocimiento y pago de doble cesantías, y no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que consagra el literal d) del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales que fallecen en las mismas circunstancias que los soldados ascendidos póstumamente a Cabo Segundo, resulta injustificado, violatorio del derecho a la igualdad, y desconocedor de la estabilidad económica que debe propenderse para el núcleo familiar del soldado que fallece prestado sus servicios al Estado, aplicarle el Decreto No. 2768 de 1968, pues, dicho núcleo familiar, con el hecho de la muerte de uno de sus integrantes, además de verse afectado emocionalmente, se ve desprotegido económicamente, en tanto aquél representaba en vida un respaldo económico.

En efecto, así se pronunció la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en las providencias mencionadas en el pie de página No. 5 de esta sentencia:

- i) “(...) 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.*

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

⁷“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”.

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 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados (...)⁸.

- ii) “(...) En principio, como el hijo de los demandantes 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 (...).

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998 con el siguiente tenor literal (...).

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

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 (...)⁹.

- iii) “(...) 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.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los

⁸ Subsección “A”, 1 de abril de 2004, dentro del expediente radicado con el No. 07001-23-31-000-2001-1619-01 (1994-03), C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁹ Subsección “B”, 30 de octubre de 2008, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05), C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte (...)

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 provea 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.

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 1998 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 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 (...)¹⁰.

- iv) “ (...) 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, esta Corporación 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 (...).

En atención a la aludida directriz jurisprudencial, en consonancia con el artículo 4 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 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 (...)¹¹.

Así las cosas, es línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado, la tesis según la cual, los beneficiarios de los soldados en servicio activo que mueren por heridas causadas en combate o por acción directa del enemigo, tienen derecho a que se les reconozca una pensión de sobrevivientes equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, lo anterior, inaplicando el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 por lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, y en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 ibídem, dado que el Decreto 2728 de 1968 le da un trato desigual (art. 13 C.P.) a los beneficiarios de los soldados ascendidos a Cabo Segundo en forma póstuma, frente a lo dispuesto para la misma situación por el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, para los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que mueren en combate o por acción del enemigo y son ascendidos póstumamente.

¹⁰ Subsección “B”, 7 de julio de 2011 dentro del expediente radicado con el No. 7001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Subsección “B”, 2 de agosto de 2012, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-2002-00672-01 (1020-2010), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

2.6. Análisis del caso concreto -respuesta al problema jurídico planteado.

2.6.1. Hechos demostrados.

Está acreditado en el proceso, que la demandante y el demandante son la mamá y el papá de Rubén Darío Sánchez Suárez (fls. 15, 94).

Está probado en el expediente, que siendo Infante de Marina Regular, Rubén Darío Sánchez Suárez identificado en vida con la C.C. No. 7.487.951, murió el 7 de enero de 1997 (fl. 95), en jurisdicción del corregimiento de Chinulito, en servicio activo, por causa de heridas producidas en combate, como consecuencia de la acción del enemigo, y en tareas de mantenimiento del orden público (fls. 7, 91).

Está demostrado, que mediante la Resolución No. 120 del 10 de abril de 1996 de la Armada Nacional, en forma póstuma, se ascendió a Rubén Darío Sánchez Suárez, al grado de Cabo Segundo, de conformidad con lo establecido en el art. 8 del Decreto 2728 de 1968 (fls. 10, 115).

Está probado, que por medio de la Resolución No. 12698 del 6 de septiembre de 1996, con base en los Decretos No. 1211 de 1990 y 2728 de 1968, se le reconocieron a la y al demandante, en su condición de mamá y papá, la suma de \$15.310.594, por concepto de compensación por muerte (fls. 11-12, 105, 113-114). En esa resolución también se les reconoció a los demandantes como beneficiarios del fallecido el valor correspondiente a las cesantías definitivas dobles.

Finalmente, está probado, que el 31 de mayo de 2012, la y el demandante le solicitaron a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, desde el día de su fallecimiento y con inclusión de las primas y de la indexación correspondiente (fls. 2, 3). Esa petición fue resuelta de forma negativa, a

través del oficio No. OFI 12-58566 MDSGDAGPS - 1.10, demandado (fls. 4, 5).

2.6.2. Respuesta al problema jurídico.

Teniendo en cuenta la tesis sostenida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en las providencias indicadas en el numeral 2.5. de esta sentencia, y los hechos demostrados, la y el demandante como mamá y papá del Cabo Segundo póstumo de la Armada Nacional Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes establecida en el artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y de acuerdo con lo dispuesto en su literal d).

Lo anterior, dado que el artículo 8 del Decreto No. 2728 de 1968 al no consagrar la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los soldados que son ascendidos en forma póstuma al grado de Cabo Segundo, les da un trato desigual e injustificado, frente al trato que a los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales que mueren en las mismas circunstancias y son ascendidos póstumamente les da el art. 189 del Decreto No. 1211 de 1990. Esta es la interpretación mas favorable que resulta de la consideración de las normas involucradas en el asunto (art., 53 C.P.), pues le garantiza a los demandantes el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) de trato frente a la ley, y la estabilidad económica del núcleo familiar, afectado en esa esfera por la muerte del soldado ascendido póstumamente.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado.

Por lo anterior, quedaron desvirtuados los argumentos en los que la parte demandada sustentó las que denominó excepciones de fondo de carencia del derecho del demandante, e inexistencia de la obligación de la demandada.

2.6.3. Compensación de lo debido por concepto de pensión de sobrevivientes, con lo pagado por concepto de “48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo” (art. 8 D. 2728 de 1968).

Para el juzgado dicha compensación no es procedente, y las providencias del H. Consejo de Estado citadas que ordenaron descontar lo pagado de lo debido, entran en contradicción con el fundamento de la decisión, por las siguientes razones¹².

En primer lugar, porque el pago de los “48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo” es una indemnización anticipada establecida por la ley por la muerte del soldado, que fallece prestando el servicio militar obligatorio en circunstancias que no está obligado a soportar. Así las cosas, es claro que el fin de esa indemnización no es el mismo que el H. Consejo de Estado en las sentencias indicadas ha dicho que cumple el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, para los beneficiarios de los soldados.

En segundo lugar, porque si se ordena que de lo que se debe por concepto de mesadas de la pensión de sobrevivientes se descuente lo recibido por concepto de “48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo” o compensación por muerte, la igualdad de trato frente a la ley que pretende garantizar la decisión jurisdiccional es inexistente, ya que, los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares que mueren en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, además de la compensación por la muerte y al pago doble de las cesantías (art. 189 lits. a) y b) D. 1211 de 1990), tienen derecho a la pensión de sobrevivientes (num. d ibídem).

¹² Se tomó como criterio auxiliar de interpretación para adoptar esta tesis argumentos expuestos en la sentencia proferida el 16 de mayo de 2012 dentro del radicado No. 17001-23-31-000-2006-01111-01 (1578-09), Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Igualmente se expresa, que de las sentencias citadas en esta providencia, en la proferida el 1 de abril de 2004 no se ordenó la compensación de dinero alguno recibido por la parte demandante con base en el artículo 8 del Decreto 2728/68.

Finalmente, porque, la presunción de legalidad del acto administrativo por medio del cual la entidad demandada les reconoció a la y al demandante las cesantías definitivas dobles y la “compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes” (fls. 11-12), no ha sido demandada, ni desvirtuada. Tampoco ha sido declarado nulo el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 que aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 12.698, para reconocerle dichos derechos a la parte demandante.

2.6.4. Excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y sucede cuando el acreedor deja pasar un cierto lapso sin ejercitar la acción correspondiente, o pedir ante la administración el reconocimiento y/o pago del derecho. Se cuenta desde que la obligación se hace exigible (artículo 2535 del C.C.).

En el caso bajo estudio, se tiene que esta sentencia es constitutiva del derecho de la y del demandante a recibir la pensión de sobrevivientes, porque antes de ella no existía la norma o disposición que se está aplicando para declararla en cabeza de los beneficiarios, por tanto no puede afirmarse que la obligación fue exigible antes de esta providencia; en consecuencia, no es procedente declarar la prescripción del derecho a las mesadas de la pensión de sobrevivientes causadas desde el día siguiente a la fecha en que se produjo la muerte del Cabo Segundo Póstumo Rubén Darío Sánchez Suárez.

En efecto, para lo anterior, se toma como criterio auxiliar de interpretación judicial la sentencia de fecha 1 de abril de 2004 citada anteriormente, dado que en ella no se aplicó la prescripción de derechos, no obstante que en ese caso concreto se demostró, que el soldado ascendido póstumamente a Cabo Segundo murió 5 de mayo de 1991, y la parte demandante solamente solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 24 de septiembre de 1999, es decir, pasado el término

de prescripción consagrado en los artículos 10 del D. 2728/68 o 174 del D. 1211/90.

2.7. Restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta que el señor Rubén Darío Sánchez Suárez (q.e.p.d.), prestó sus servicios como Infante de Marina Regular en la Armada Nacional durante el término de 11 meses y 3 días -ingresó el 4 de febrero de 1995 y falleció el 7 de enero de 1996- (fl.11), es decir, por un término inferior a 12 años, de acuerdo al literal d) del art. 189 del Decreto No. 1211 de 1990, el monto de la pensión de sobrevivientes que debe reconocer la entidad demandada a favor de su madre y de su padre, como beneficiarios (según lo dispuesto en el inciso tercero del literal c) del art. 185 del Decreto No. 1211 de 1990), es del 50% de las partidas de que trata el art. 158 del mismo decreto, que a su vez, se deberá dividir en un 50% para la señora Bersanilda y en un 50% para el señor Pedro.

La suma que resultare a favor de la parte demandante de la condena impuesta en contra de la entidad demandada, deberá ser ajustada de acuerdo al inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, con base en la siguiente fórmula:

$$VP=VH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

Donde el valor presente (VP) se determina multiplicando el valor histórico (VH), que es el correspondiente a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se efectúe el pago) por el índice inicial (vigente para la fecha en se causó el derecho).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la liquidación debe realizarse mes a mes.

2.8. Condena en costas.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en los artículos 392 y 393 de C.P.C., se condenará en costas a la entidad demandada, dado que, resultó vencida en el proceso.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

3.1. Con el fin de garantizar el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, el derecho a la igualdad (art. 13 ibídem), y proteger al núcleo familiar del Cabo Segundo Póstumo Rubén Darío Sánchez Suárez, inaplica el art. 8 del Decreto No. 2728 de 1968 en cuanto no consagró el derecho de sus beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, en su lugar se aplica el artículo 189, literal d) del Decreto No. 1211 de 1990, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

3.2. Declara la nulidad del oficio No. OFI12 - 58566 MDSGDAGPS - 1.10, del 25 de junio de 2012, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la y al demandante.

3.3. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho de la señora Bersanilda Suárez Ibarra y del Señor Pedro Sánchez Velásquez, se ordena a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional - Armada nacional), que les reconozca, liquide y pague en su condición de mamá y papá, respectivamente, del Cabo Segundo Póstumo Rubén Darío Sánchez Suárez, la pensión de sobrevivientes, a partir del 8 de enero de 1996.

Para lo anterior, la entidad demandada tendrá en cuenta, que la cuantía total de la pensión de sobrevivientes deberá corresponder de acuerdo a lo previsto en el literal d) del artículo 189 del Decreto No. 1211 de 1990, a una suma equivalente al 50% de las partidas señaladas en el artículo 158 del mismo decreto. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.7. de esta providencia.

3.4. Niega las demás pretensiones de la demanda.

3.5. Declara no demostradas la excepción de prescripción de mesadas y las denominadas por la parte demandada excepciones de carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada.

3.6. Ordena darle cumplimiento a la sentencia en los términos y en la forma establecida en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

3.7. Condena en costas a la entidad demandada. Por secretaría liquídense de conformidad con lo establecido en el artículo 393 del C.P.C. y por lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

3.8. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Mary Rosa Pérez Herrera
Jueza