



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Arauca, Arauca, tres (03) de Octubre de dos mil trece (2013).

EXPEDIENTE No: 81001-3333-002-2012-00074-01
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA ESMILDA TABARES DE GIRALDO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

MAGISTRADO PONENTE DR. WILSON ARCILA ARANGO

Procede la Sala de esta Corporación, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, en contra de la Sentencia del 02 de julio de 2013, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca accedió las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora MARIA ESMILDA TABARES DE GIRALDO, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, pidiendo:

Se declare la existencia del acto ficto o presunto negativo surgido con ocasión del silencio administrativo en que incurrió el Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones, al no dar respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional elevada por la actora.

Declarar la nulidad del Acto ficto o presunto negativo.

Ordenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, reconocer la pensión de sobreviviente a los beneficiarios del soldado, de manera permanente.

1.1 Hechos probados

No es materia de discusión la existencia del siguiente material probatorio:

- Que el joven WILMAR ALFONSO GIRALDO TABARE (Q.E.P.D.), fue incorporado al Ejército Nacional como

soldado regular por el tiempo de 1 año 5 meses y 24 días y posteriormente como soldado voluntario por 2 años 1 mes y 19 días, con un tiempo total de vinculación de 3 años 8 meses, tal como se evidencia en la hoja de servicio N° 333.²

- Que la muerte del soldado voluntario fue por acción directa del enemigo, de acuerdo al informe administrativo por defunción N° 007 expedido el 18 de febrero de 1999 y es acreditada con el registro civil de defunción.³
- Que fue ascendido a Cabo Segundo (Póstumo), lo cual se evidencia en la Resolución N° 000599 del 16 de julio de 1999.
- Que mediante Resolución N° 008991 de fecha 25 de agosto de 1999, fue reconocida como beneficiaria de las prestaciones sociales del difunto soldado voluntario, la señora MARIA ESMILDA TABARE DE GIRALDO, madre del fallecido soldado.⁵
- Que la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente fue presentada el día 26 de noviembre de 2009, ante la Coordinación de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, sin que hubiere existido respuesta, lo cual constituyó un silencio administrativo negativo.

2. POSICION PARTE DEMANDADA

El Ministerio de Defensa Nacional - Ejercito Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que lo requerido no se ajusta a la legalidad.

- Sostuvo que la demandante no tiene derecho teniendo en cuenta que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004 que consagra las pensiones de sobreviviente de los Soldados Profesionales rige tan solo para los incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto ley 1793 de 2000 y no los fallecidos antes de tal fecha.
- Fue así, como la administración, de acuerdo con el Decreto 2728 de 1968 artículo 8, norma vigente a la época de los hechos, le reconoció a la señora MARÍA ESMILDA TABARE DE GIRALDO en condición de madre, las prestaciones a las que tenía derecho y de igual forma

² Folio 23 Exp.

³ Folios 25 y 27

⁵ Folio 26 Exp.

realizó el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, hecho que se lleva a cabo en reconocimiento en honra de la memoria de los servidores de la patria, sin que esto implique una erogación de carácter prestacional para el estado.

3. Sentencia Impugnada

El Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, mediante sentencia del 02 de julio de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda⁶ al considerar que de no hacerlo se estaría en presencia de un trato diferenciado, violatorio del derecho fundamental a la igualdad, para lo cual tuvo en cuenta sentencia del C.E. de fecha 11 de junio de 2009 Rad. 70001-23-31-000-2000-00692 (2311-08) C.P Gerardo Arenas Monsalve, en la que consideró 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 voluntarios muertos en el 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.

Por tal razón, el Despacho atendiendo el criterio de la jurisprudencia, declaró la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo por la no respuesta a la solicitud presentada por la demandante el día 26 de noviembre de 2009. Declaró la nulidad de tal acto presunto y ordenó se reconociera la pensión de sobreviviente a la señora MARIA ESMILDA TABARE DE GIRALDO, madre del soldado fallecido.

4. Recurso de Apelación

Frente la anterior decisión, la apoderada de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** mediante escrito de 16 de julio de 2013, presentó recurso de apelación⁷ en término legal, reiterando que la demandante no tiene derecho a las pretensiones, teniendo en cuenta que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004 que consagra las pensiones de sobrevivencia de los soldados profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto ley 1793 de 2000, son quienes tendrán el derecho, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional y en las condiciones que determina el artículo 32 del Decreto antes mencionado.

⁶ Folio 4-5

⁷ Folio 101-103 Exp.

De otra parte, el Decreto 2728 de 1968, norma vigente para la época de los hechos, no contemplaba pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, de esta manera se tiene que dicho acto administrativo se encuentra dentro de los parámetros de legalidad.

CONSIDERACIONES

EJE DE DISCUSION

El punto jurídico en discusión, está referido a la aplicabilidad o no del Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, *“...por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, que en su artículo 189 introduce una serie de asistencias a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las que se recalca el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente....”*.

Para la entidad demandada tal aplicación retroactiva de la ley no puede darse para aquellos soldados que hayan fallecido antes de entrar en vigor la mencionada norma.

Para la parte actora y el sentenciador de primera instancia ello si es posible y casi que imperativo por principios constitucionales que respaldan y sustentan la seguridad social, y derechos fundamentales como el de la igualdad.

Sobre la finalidad de la pensión, la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo:

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”

Así mismo debe indicarse, que la noción de adversidad generada por la muerte de un trabajador no es extraña al régimen prestacional aplicable a las Fuerzas Militares. En efecto, como se verá más adelante, los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, establecen en cada caso concreto una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los soldados

Tribunal Administrativo de Arauca

Expediente No. 2012-00074-01
Proceso Nulidad y restablecimiento del Derecho

regulares y los oficiales y suboficiales muertos en desarrollo de actos propios del servicio, entre las que se encuentran el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, la indemnización por muerte y la pensión de sobreviviente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala necesario hacer las siguientes consideraciones.

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 establece:

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

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

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

Es claro que de acuerdo con la norma transcrita, el régimen prestacional, de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, vigente al momento en que se produjo la muerte del soldado WILMAR ALFONSO GIRALDO TABARE exclusivamente reconocía el ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus favorecidos, 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 la demandante, se encontraría excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

No obstante lo anterior, se señala que Así se lee en la citada norma:

“ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o

Tribunal Administrativo de Arauca

Expediente No. 2012-00074-01
Proceso Nulidad y restablecimiento del Derecho

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.”

A través de estos supuestos, resulta axiomático la coexistencia 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 condiciones.

Tomando en consideración la discriminación evidenciada, esta tiene cabida debido a que las aludidas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991; encontrándose ya en una sociedad contemporánea donde a partir de la cual, se pretenden como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los 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 soporten el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial el impedimento de acceder a los beneficios emanados del aludido derecho, entre ellos los que buscan

amparar las contingencias provenientes por la expiración de una persona.

En caso de la prestación pensional de sobreviviente, la Corte Constitucional⁸ ha sostenido que se trata de una expresión del derecho a la seguridad social en los siguientes términos:

“ 1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte (...).

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él (...).”

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe un fundamento válido para que a los beneficiarios de los soldados 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 cuyo único y exclusivo propósito, 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 exento de los medios económicos para tal suceso.

⁸ Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

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 atribuibles al servicio al grado inminentemente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus auxiliados, pero se inhiba 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 dedicaba.

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 adiciona el suceso 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 1998⁹ finalmente, en atención a los principios y derechos constitucionales como la igualdad material, la 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 preceden, y contemplando el artículo 4¹⁰ de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto deberá confirmar la inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no establece el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a merced de los familiares socorridos por los soldados muertos en función de los actos propios del servicio, a causa de dichos pormenores, y se aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en cuanto quedó visto,

⁹ **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.”*

¹⁰ **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.*

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

Tribunal Administrativo de Arauca

Expediente No. 2012-00074-01
Proceso Nulidad y restablecimiento del Derecho

sí se reconoce la prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Sobre este particular, la Sección Segunda en sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 1994-2003. MP. 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.(...)”.

Así mismo, en sentencia 30 de octubre de 2008, Rad. 8626-2005. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, se manifestó que:

“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. (...)

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.”.

Bajo estos supuestos, concluye la Sala que resulta acertada la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, cuando declaró la nulidad del acto ficto o presunto negativo de acuerdo a

Tribunal Administrativo de Arauca

Expediente No. 2012-00074-01
Proceso Nulidad y restablecimiento del Derecho

las consideraciones y a su vez inaplicó, en el caso concreto, el Decreto 2728 de 1968, ordenando por tanto el reconocimiento pensional reclamado.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 02 de julio de 2013 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 02 de julio de 2013 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por MARIA ESMILDA TABARES DE GIRALDO contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

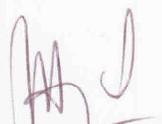
SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para que le imprima su correspondiente trámite.

Aprobado en Sala de Decisión de la fecha, según Acta número _____

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


WILSON ARCILA ARANGO
Magistrado

(AUSENTE COMISION DE EJERCICIO)
LUIS NORBERTO CERMENO
Magistrado


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado