

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Auto de Interlocutorio No. 538

Villavicencio, ocho (08) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

SALA DECISIÓN ORDINARIA No. 5

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ÁLVARO BAQUERO VIDAL Y MILADIS
CARABALLO NARANJO
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
NACIONAL
EXPEDIENTE: 50001 - 23 - 33 - 000 - 2016 - 00517 - 00
ASUNTO: DECRETA MEDIDA CAUTELAR

MAGISTRADA PONENTE: NELCY VARGAS TOVAR

Resuelve la Sala la solicitud de medida cautelar invocada dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Solicitan Álvaro Baquero Vidal y la señora Miladis Caraballo Naranjo se decrete como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo No. OFI12-51994 MDSGDAGPS-1.10 del 29 de mayo de 2012 y se ordene al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, se profiera un acto administrativo en el cual les otorgue provisionalmente la pensión de sobrevivientes objeto de demanda.

Afirman los demandantes que la solicitud la realizan en aras garantizar la efectividad y el objeto del proceso, pues sus condiciones de salud, avanzadas edades -75 y 66 años- y contingencias de la vejez lo requiere. Además, la congestión judicial, el cese de actividades y las circunstancia procesales del conflicto negativo de competencia resuelto, han incidido en que el derecho que reclaman, no pueda tener la efectividad esperada (fls. 1-6, C. Medida Cautelar).

De la anterior solicitud, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 233 del CPACA, se corrió traslado a la entidad demandada quien guardó silencio (f. 28, Cuad. Medida Cautelar).

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

i) Competencia.

El Tribunal es competente para decidir de la solicitud de decreto de medida cautelar solicitada por la parte actora, conforme a lo establecido en los artículos 125 y 243 de la ley 1437 de 2011.

ii) Análisis Jurídico sobre las Medidas Cautelares.

El Título V, Capítulo XI del C.P.A.C.A. se ocupa de las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, previendo en su artículo 229¹, que podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso por la parte interesada a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que tal decisión signifique prejuzgamiento.

A su turno, el artículo 231 del CPACA define un conjunto de requisitos para la procedencia de las medidas cautelares distintas a la suspensión provisional de actos administrativos.

El Consejo de Estado en Sentencia de 29 de noviembre de 2016, Rad 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12) de Abel Rodríguez Céspedes contra la Procuraduría General De La Nación, frente al tema de las medidas cautelares hizo la distinción entre los requisitos de forma y los materiales para su procedibilidad:

"i) Existen requisitos de formales procedibilidad, a saber: 1) debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011); 2) debe existir solicitud de

¹ ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

parte debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 3) la medida debe ser solicitada en cualquier etapa del proceso antes o después de haberse notificado el auto admisorio de la demanda (artículo 233 y 234, Ley 1437 de 2011).

ii) Existen **requisitos materiales de procedibilidad**, a saber: 1) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 2) debe haber una relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011).

Ahora bien, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otros requisitos adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda así: 1) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud (artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011) y 2) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011).

Finalmente si se pretenden otras medidas cautelares diferentes –medidas cautelares positivas (Ley 1437 de 2011, artículo 230, numerales 1, 2, 4 y 5.) a la de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; 2) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados; 3) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y 4) que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011).”

iii) **Caso concreto.**

Los demandantes deprecian como medidas cautelares, la suspensión provisional del Oficio No. OFI12-51994 MDSGDAGPS-1.10 del 29 de mayo de 2012 y la emisión de un acto administrativo que les otorgue provisionalmente la pensión de sobrevivientes objeto de demanda.

Conforme a la normatividad expuesta pasa la Sala analizar los presupuestos generales y adicionales de las medidas cautelares, en aras de verificar la viabilidad de la medida solicitada.

En el asunto se avizora que los solicitantes dieron cumplimiento a los requisitos formales y materiales de procedibilidad de las medidas cautelares, pues la solicitud fue sustentada por los aquí demandantes en el trámite del proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del derecho. Además, a primera vista, se consideran necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, dada la avanzada edad y las contingencias de la vejez que pueden estar presentando los señores Álvaro Baquero Vidal y Miladis Caraballo Naranjo; aunado a ello, la solicitud guarda relación directa con las pretensiones de la demanda, pues lo pretendido con la medida cautelar guarda correspondencia con el fin último de la demanda, esto es, el disfrute de la prestación contenida en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 (f. 11 y 12, C1).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la medida cautelar versa sobre la suspensión de un acto administrativo y la adopción de una nueva decisión administrativa donde se reconozca la pensión de sobrevivientes solicitada, pasa la Sala analizar, conforme a la jurisprudencia en cita, el cumplimiento de los requisitos adicionales mencionados para cada una de las solicitudes, iniciando con la confrontación del acto administrativo objeto de suspensión con las normas superiores invocadas.

El acto administrativo contentivo en el oficio No. OFI12-51994 MDSGDAGPS-1.10 del 29 de mayo de 2012, informa a los señores Álvaro Baquero Vidal y Miladis Caraballo Naranjo, padres del soldado voluntario William Miguel Baquero Caraballo, quien prestaba el servicio militar obligatorio en la entidad demandada al momento de su fallecimiento en combate, que no tenían derecho a que se les reconociera la pensión de sobrevivientes que solicitaban, toda vez que el Decreto 2728 de 1968, no consagraba esta prestación para el personal de soldados, grumetes e infantes de Marina y de las fuerzas Militares de Colombia, procediendo únicamente la compensación por muerte (f. 2 C1).

Al respecto, el Decreto 2728 de 1968, que regula las prestaciones sociales por retiro o fallecimiento por muerte del personal de soldados y grumetes de las fuerzas militares, establece en su artículo 8° los reconocimientos a los que hay lugar cuando el soldado o grumete en servicio activo fallece, a saber:

“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 Mariñero 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.”

Posteriormente, el Decreto 1211 de 1990, que reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, dispuso en su artículo 189, los siguientes reconocimientos ante el fallecimiento de un oficial o suboficial de las fuerzas militares, así dispone:

“ARTICULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto. b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante. c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante. 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.” Se resaltó.

A su vez, la Ley 447 de 1998², estableció que los beneficiarios de la persona que preste el servicio militar y fallezca en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo mensual vigente. Además establece que en los casos en que se aplique dicha pensión, deberá suprimirse la indemnización por muerte, dispuesta en el Estatuto Militar.

² Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.

Finalmente, el Decreto 1790 del 2000, por medio del cual “se modificó las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, estableció como suboficiales del ejército nacional, al personal que ostenta el grado de cabo tercero, a saber:

“ARTICULO 6. La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:
(...)

SUBOFICIALES

Ejército: a) Sargento Mayor, b) Sargento Primero, c) Sargento Viceprimero, d) Sargento Segundo, e) Cabo Primero, f) Cabo Segundo, g) Cabo Tercero

(...)”

De la normatividad expuesta, vigente para la fecha del deceso del soldado William Miguel Baquero Caraballo -21 de julio de 2001-, se destaca especialmente el artículo 6 del Decreto 1790 del 2000, donde dispone que los militares que ostentan el grado de cabo tercero se encuentran cobijados en la jerarquía de suboficiales del Ejército Nacional. Así mismo, se exalta que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tiene establecido un régimen especial para los beneficiarios de los militares muertos en combate (artículo 189 del Decreto 1211 de 1990), tales como el disfrute de una pensión mensual la cual varía su monto, dependiendo del tiempo de servicios del militar fallecido en combate.

En el asunto *sub examine*, se observa que ante el fallecimiento del soldado voluntario William Miguel Baquero Caraballo, hijo de los demandantes, se ascendió en forma póstuma al grado de cabo tercero, con novedad fiscal a partir del 21 de julio de 2001 (f. 10 C1), pagándose únicamente a los demandantes las prestaciones descritas en artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, pues la pensión establecida en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, les fue negada mediante acto administrativo No. OFI12-5194 MDSGDAGPS – 1.10 del 29 de mayo de 2012, negativa soportada en que el aludido Decreto 2728, no contemplaba dentro de su articulado el reconocimiento y pago de dicha prestación social.

En efecto, se tiene que la entidad demandada dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 respecto al reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de los demandantes ante el deceso del señor

Wilfrido Miguel Baquero Caraballo, entre ellos, el ascenso póstumo al grado de cabo tercero, hecho que se logró probar en el *sub lite* a través de la Resolución Nº 894 de 18 de octubre de 2001; sin embargo, a juicio de la Sala y sin que ello signifique prejuzgamiento, dicha condición le permitía a sus beneficiarios acceder a la pensión de sobrevivientes descrita en el artículo 189 del decreto 1211 de 1990, disposición vigente para la fecha en que se produjo el fallecimiento del soldado Baquero Caraballo.

Posición que ha sido pacífica dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien bajo los principios constitucionales protectorios, *pro homine*, igualdad y favorabilidad laboral, ha ordenado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del soldado voluntario muerto en combate, ascendido póstumamente³.

Incluso, el tema ha sido objeto de unificación de manera reciente por la Alta Corporación, reiterando que en tratándose de soldados voluntarios fallecidos en combate, estos tienen el derecho a las prestaciones económicas que concede el Decreto 2728 de 1968, el cual contempla el ascenso póstumo; por virtud de ese ascenso póstumo, el fallecido pasa a ser suboficial de las Fuerzas Militares y por ende a ser destinatario de las prestaciones contenidas en los regímenes prestacionales de ese personal, que en su orden serían los Decretos 89 de 1984, 85 de 1989 y 1211 de 1990 y posteriormente, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, los cuales consagraron de manera expresa la pensión de sobrevivientes para ese personal⁴.

Así las cosas, como quiera que para la fecha de fallecimiento del soldado Baquero Caraballo, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, mediante el cual *“se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, y ante la nueva jerarquía de Cabo Tercero adscrito al Ejército Nacional, considera la Sala que esta normatividad era la aplicable para efectos del reconocimiento de las prestaciones pretendidas en sede administrativa por la parte actora, por el hecho de pasar a ser parte como suboficial del Ejército Nacional.

Ante este panorama, el acto administrativo que se pretende suspender (OFI12-5194 MDSGDAGPS – 1.10 de 29 de mayo de 2012), controvierte la normatividad

³ Sentencia de 01 de abril de 2004 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad. 07001-23-31-000-2001-001619-01, sentencia de 30 de octubre de 2008 M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez Rad. 05001-23-31-000-2000-0127-01, sentencia de 07 de julio de 2011 M.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 70001-23-31-000-2004-00832-01, sentencia de 02 de agosto de 2012 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Rad. 05001-23-31-000-2002-00672-01, sentencia de 18 de febrero de 2016 M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez Rad. 66001-23-33-000-2012-00060-01); citadas en Sentencia de 23 de febrero de 2017, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 68001-23-33-000-2013-00534-01

⁴ Sección Segunda. Sentencia de 4 de octubre de 2018. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15)CE-SUI2-013-18.

aplicable en el asunto, específicamente lo dispuesto en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, al negarle a los beneficiarios del soldado voluntario Wilfrido Miguel Baquero Caraballo la pensión de sobrevivientes (fl. 8, C1), ascendido póstumamente al grado de Cabo Tercero, en este sentido, la Sala considera que hay lugar a suspender provisionalmente los efectos del acto que negó el reconocimiento pensional a los señores ALVARO BAQUERO VIDAL y MILADIS CARABALLO NARANJO.

Ahora bien, los señores Álvaro Baquero Vidal y Miladis Carabello Naranjo, demandantes dentro del presente asunto, en aras de demostrar su titularidad, allegan el registro civil de nacimiento del soldado voluntario Wilfrido Miguel Baquero Caraballo (f. 7 C principal), donde figuran como padres del occiso, lazo de consanguinidad que los sitúa como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes solicitada, dado que no hay prueba de la existencia de un beneficiario con mejor derecho, máxime si se tiene en cuenta que para el reconocimiento de esta prestación, solo se requiere demostrar la calidad de parentesco con el causante⁵, lo anterior sin perjuicio, que pueda ser objeto de análisis en la sentencia, la dependencia económica de los demandantes con el soldado voluntario fallecido en combate.

Por lo anterior y como quiera a juicio de la Sala, podría causarse un perjuicio irremediable dada la avanzada edad de los demandantes, 76 y 67 años de edad⁶, existiendo una gran posibilidad que los efectos de la sentencia sean nugatorios, amén que afirman en la demanda que carecen de recursos económicos para su subsistencia, razón por la cual, se reconocerá de *manera transitoria* y hasta que se defina la Litis, la pensión de sobrevivientes a los demandantes, en los términos del literal d), artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

En consecuencia, deberá la entidad demandada expedir un acto administrativo que reconozca y pague de manera transitoria la pensión de sobrevivientes a los señores Álvaro Baquero Vidal y Miladis Carabello Naranjo, a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, con efectos futuros y en proporciones iguales, es decir, 50% para cada uno.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2018. Rad. 05001-23-33-000-2015-01678-01. Consejero Ponente César Palomino Cortés. En similares términos, la sentencia de unificación de 28 de octubre de 2018, refirió que la dependencia económica no se constituye en una exigencia incluida en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de prestaciones por muerte en combate, no obstante,

⁶ Fls. 11-14, C1.

De otra parte, conforme lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 232 de la Ley 1437 de 2011⁷, se prescinde de fijar caución.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE

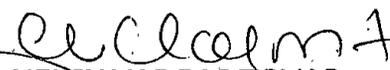
PRIMERO: DECRETAR la medida provisional solicitada por los demandantes. En consecuencia, **SUSPENDER** provisionalmente los efectos del acto administrativo No. OFI12-5194 MDSGDAGPS – 1.10 de 29 de mayo de 2012.

Por lo anterior, se **ORDENA** al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional expedir un acto administrativo que reconozca y pague de manera transitoria y hasta que se emita fallo definitivo en este asunto, la pensión de sobrevivientes a los señores Álvaro Baquero Vidal y Miladis Carabello Naranjo, en los términos del literal d), artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, con efectos futuros y en proporciones iguales, es decir, 50% para cada uno.

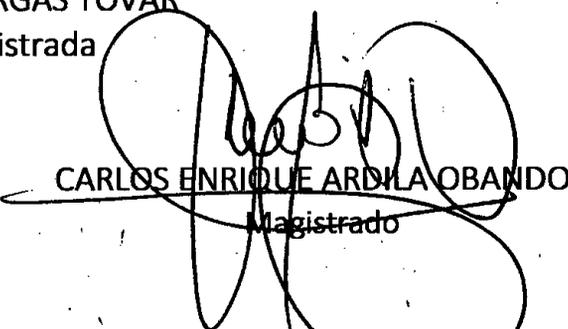
SEGUNDO: ABSTENERSE de fijar caución contra la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

Notifíquese y Cúmplase

Estudiado y aprobado por la Sala de Decisión N° 5 el 08 de agosto de 2019, mediante Acta No. 044.


NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado

⁷ Artículo 232. *Caución.* El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.