

PENSION DE SOBREVIVIENTES - Reconocimiento a padres de soldado muerto en combate. Aplicación de norma destinada a oficiales y suboficiales. Protección del grupo familiar

Si bien la normatividad en cita (Ley 447 de 1998) 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. De conformidad con la jurisprudencia en cita (sentencia del 1 de abril de 2004, Expediente 1994-03) los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo Segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).

JURISDICCION ROGADA-Alcance

En relación con el argumento expuesto por la entidad demandada en la apelación relacionado con la competencia del Juez Contencioso y la Jurisdicción rogada dirá la Sala que el carácter de rogado debe entenderse con relación a las pretensiones de la demanda y su alcance en el fallo pero el hecho de que en el concepto de violación se haya omitido la mención de todas las disposiciones relacionadas con el caso no le impide al Juez Contencioso atender a su contenido pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., “Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia del 1 de abril de 2004, Expediente 1994-03, Ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05)

Actor: HERNANDO DE JESUS OLARTE Y OTRA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 21 de febrero de 2005, proferida el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las súplicas de la demandada incoada por Hernando de Jesús Olarte Gaviria y Rosa Angélica Duque de Olarte contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del acto ficto presunto configurado por el silencio de la Administración frente a la petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes presentada por los demandantes el 21 de enero de 2000.

Como consecuencia de lo anterior solicitaron a título de restablecimiento condenar a la entidad demandada a reconocerles y pagarles una pensión de sobrevivientes en su calidad de padres del soldado muerto, a partir del 6 de diciembre de 1996, fecha del deceso, y cancelarles las sumas de que trata el artículo 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expusieron los siguientes hechos:

El 6 de diciembre de 1996, el señor Nelson Olarte Duque, hijo de los demandantes, encontrándose en la prestación de su servicio como militar, fue muerto en una emboscada en la Vereda San Matías, Municipio de Urrao, Antioquia.

Antes de ingresar a prestar el servicio militar el señor Nelson Olarte, vivía con sus padres y les procuraba lo necesario para subsistir con lo que ganaba en los trabajos que desarrollaba, situación que continuó cuando entró al Ejército.

Al momento de su muerte, el soldado no tenía unión marital vigente ni descendencia, sólo tenía a sus padres quienes son los beneficiarios legítimos de la pensión de sobrevivientes.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Decreto 94 de 1989, Decreto 01 de 1984, Ley 71 de 1988 y Decreto 1160 de 1989.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 122 a 127). En relación con la excepción de ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la entidad demandada manifestó que la misma no se configuró porque el acto por medio del cual se ordenó el pago de las prestaciones y de la compensación por muerte a favor de los demandantes, que quedó en firme por no haberse interpuesto el recurso que procedía, es independiente del acto que se configuró por la falta de respuesta de la Administración frente a la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. No existiendo acto expreso frente a la petición que indique los recursos que proceden mal puede hablarse de falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Aclaró que, aunque ninguna de las normas citadas como violadas en la demandada se refiere a la pensión de sobrevivientes, en atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se procederá a la protección del derecho fundamental a la igualdad, aunque los actores no mencionaron como norma violada el Decreto 1211 de 1990 que sí consagra la prestación reclamada.

Transcribió apartes de una sentencia del Consejo de Estado en la que se aplicó el Decreto 1211 de 1990 para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la que se expuso que **“al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos, como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del Decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante tal vacío legal, y en aplicación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, tendrá en cuenta al caso el artículo 189, letra d) del decreto ley 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida...”**.

Encontrándose acreditado que el soldado regular Nelson Enrique Olarte Duque estuvo vinculado a las Fuerzas Militares de Colombia durante un lapso de 6 meses y 14 días, hasta la fecha de su deceso ocurrido el 6 de diciembre de 1996 por acción del enemigo y que como consecuencia fue ascendido en forma póstuma a Cabo Segundo, tal situación le concede el derecho a sus ascendentes al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en cuantía equivalente al 50% de las partidas previstas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, a partir del 7 de diciembre de 1996.

EL RECURSO

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fl. 131). Manifestó su inconformidad diciendo que no puede atenderse a lo dispuesto en la sentencia del Consejo de Estado transcrita porque en este caso el error está en que la norma aplicada, Decreto 1211 de 1990, no fue citada como violada en el acápite de concepto de violación, por lo que la causa petendi no se encuentra debidamente formulada o constituida.

El a quo procedió incorrectamente al aplicar una norma que no se cita como violada pues contrarió el principio de que la Jurisdicción Contenciosa es rogada, además del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A (contenido de la demanda).

Si bien en la sentencia que se toma como referencia el Consejo de Estado sí pudo pronunciarse respecto de la apelación del demandante por haber citado como violado el Decreto 1211 de 1990 no pasa lo mismo en el presente caso en el que no se citó expresamente la norma aplicada.

Si en gracia de discusión se aceptara que puede haber pronunciamiento respecto de una norma que no fue citada como violada tampoco podría reconocerse el derecho pues el ascenso póstumo del soldado que muere en combate o por acción del enemigo al grado de Cabo Segundo sólo tiene los efectos prestacionales allí establecidos a favor de los beneficiarios como lo es el pago de 48 meses de los haberes correspondientes a ese grado.

La vulneración del principio a la igualdad se configura cuando a los beneficiarios de un soldado que prestó sus servicios por seis meses, en desarrollo del servicio militar obligatorio, se les reconoce una pensión de sobrevivientes sin el

cumplimiento de los requisitos que sí reúnen los suboficiales que ingresan al escalafón militar por méritos y que efectivamente ostentan el grado al morir.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Debe la Sala determinar si los demandantes, en calidad de padres del soldado Nelson Olarte Duque, tienen derecho a que la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, les reconozca y pague una pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo acaecida mientras prestaba el servicio militar.

Acto Acusado

Acto ficto presunto configurado por el silencio de la Administración frente a la petición de reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes presentada por los demandantes el 21 de enero de 2000 (fl. 11).

De lo probado en el proceso

A folio 2 del plenario obra certificación expedida el 13 de enero de 2000 por el Notario Único Encargado de Barbosa, Departamento de Antioquia, en la que consta que Nelson Enrique Olarte Duque nació el 17 de septiembre de 1976, en el Municipio de Barbosa, siendo su padres Hernando de Jesús Olarte y Rosa Angélica Duque.

Con la liquidación de servicios de soldados No. 077 de 5 de marzo de 1997, expedida por el Jefe de Presocial y el Jefe del Departamento de Personal del Ejército Nacional, quedó acreditado que Nelson Enrique Olarte Duque prestó sus servicios en el Ejército como soldado regular en la Unidad Binut desde el 22 de

mayo de 1996 hasta el 6 de diciembre del mismo año, fecha en que fue dado de baja por acción del enemigo (fl. 52).

Según el certificado individual de defunción expedido el 6 de diciembre de 1996 y la certificación del Notario Unico de Urao, el señor Nelson Olarte Duque murió por shock neurogénico, laceración encefálica externa, herida por arma de fuego (fls. 4 y 5).

A folio 44 del expediente obra el informativo administrativo por defunción realizado el 23 de diciembre de 1996 por el Comandante del Batallón Cacique Nutibara en el que informa que el soldado Nelson Enrique Olarte Duque fue asesinado en el combate presentado entre las Contraguerrillas 3 y 4, y unos bandoleros en la Vereda de la Encarnación, cerca al Municipio de Urao, que se dio entre el 4 de diciembre de 1996 y siguientes. La causa de la muerte fue un impacto de bala a la altura de la cabeza, presentando laceración encefálica extensa que le ocasionó muerte instantánea.

Mediante Resolución No. 0275 de 1997, se le hizo ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo (fl. 52).

A través de la Resolución No. 07778 de 1 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 Rosa Angélica Duque de Olarte y Hernando de Jesús Olarte Gaviria, en su condición de padres del Cabo Segundo (Póstumo) Nelson Olarte Duque y la suma de \$15.943.535.50 por concepto de cesantía definitiva y compensación por muerte (fl. 98).

Análisis de la Sala

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”.

La normatividad en cita no consagra el derecho para los beneficiarios del soldado muerto de obtener una pensión de sobrevivientes, ya que sólo determina las prestaciones relacionadas en el artículo anterior.

A su vez, 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.”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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:

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 por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, 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 (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.¹

PARAGRAFO 1o. Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.

PARAGRAFO 2o. Lo establecido en este artículo, se aplicará igualmente en el caso de muerte de persona prestataria del servicio militar obligatorio, como consecuencia de heridas recibidas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo.”.

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.

¹ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-03 de 27 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

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 ibídem, a partir del 5 de mayo de 1991, cuyos valores serán ajustados, con la fórmula matemática ya dicha, que deberá liquidarse mes a mes, con índice inicial de la fecha en que debió pagarse la mesada pensional.”.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate (fl. 2) tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo Segundo que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990).

En relación con el argumento expuesto por la entidad demandada en la apelación relacionado con la competencia del Juez Contencioso y la Jurisdicción rogada dirá la Sala que el carácter de rogado debe entenderse con relación a las pretensiones de la demanda y su alcance en el fallo pero el hecho de que en el concepto de violación se haya omitido la mención de todas las disposiciones relacionadas con el caso no le impide al Juez Contencioso atender a su contenido pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., **“Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”**.

En estas condiciones el fallo apelado que accedió a las súplicas de la demanda reconociendo a favor de los demandantes la pensión de que trata el Decreto 1211 de 1990, a partir del 7 de diciembre de 1997, será confirmado con la aclaración de que de la suma adeudada deberá descontarse lo pagado por concepto de compensación por muerte pues el daño que cubre tal prestación entraría a ser cubierto con el reconocimiento pensional, máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad, la Ley 447 de 1998, consagra la incompatibilidad entre las dos prestaciones (parágrafo 1, artículo 1).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

Confírmase la sentencia de 21 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Hernando de Jesús Olarte Gaviria y Rosa Angélica Duque de Olarte con la aclaración de que de la suma adeudada deberá descontarse lo pagado por concepto de compensación por muerte por las razones expuestas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ