



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO: 70-001-33-33-008-2014-00151-01
DEMANDANTE: LILIANA ESTELLA RICARDO GUERRERO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal la apelación interpuesta por las partes en oposición a la sentencia del 27 de enero de 2016, proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA

La señora LILIANA ESTELLA RICARDO GUERRERO¹, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

Que se declare la nulidad del documento No. 184 MD-CG-CARMASECAR-JEDHA-DPSOC-22 del 2 de septiembre del 2013 expedida por la Armada Nacional, mediante la cual se declaró el cumplimiento del artículo 8 del Decreto 2728, sin acreditar el pago del incremento en las mesadas correspondientes al ascenso a mayor grado del IMVL ROBERT TORRES LÓPEZ, con carga económica a lo devengado por un

¹ Actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, ROBERT ANDRÉS y WENDY VANESSA TORRES RICARDO

marinero segundo.

A título de restablecimiento del derecho, condenar al Ministerio de Defensa-Armada Nacional, a cancelar el valor de 100% en las mesadas que corresponden al nuevo grado otorgado al IMVL ROBERT TORRES, en favor de sus beneficiarios.

Que se condene a la Nación – Ministerio de defensa – Armada Nacional, a pagar las mesadas y todos los emolumentos económicos a que tiene derecho un marinero segundo, grado al que fue ascendido el IMVL ROBERT TORRES LOPEZ en forma póstuma, con retroactividad e incremento en todos los intereses legales, que le sean aplicables hasta su efectivo pago.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:

El día 2 de septiembre del 2013, la Armada Nacional emitió respuesta negativa a la petición del 7 de mayo del 2013, en la que la demandante solicitó la aplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, en lo que respecta al incremento de mesadas como consecuencia del ascenso ordenado en acción de tutela Rad. No. 2013-00190, tramitada en el Tribunal Administrativo de Sucre, omitiendo el incremento de las mesadas que impone el nuevo grado y en forma indefinida para sus beneficiarios.

Así mismo, explica la accionante que el ascenso de que es objeto conlleva un nuevo valor en la mesada en favor del IMVL ROBERT TORRES LOPEZ, ascendido al grado de marinero segundo póstumamente, valor que no se cancela.

Expone la actora que la Resolución No. 000242 del 2003 desconoce el ascenso a partir de la fecha en que dispone la Resolución 713 del 31 de diciembre de 2002.

La demandante, a través de su apoderado, solicitó el pago efectivo de las mesadas y demás emolumentos a favor de los menores, en estricta correspondencia al valor accesorio que implica el ascenso póstumo, al que tiene derecho en calidad de compañera e hijos menores del soldado voluntario ROBERT TORRES LÓPEZ.

En cuanto a las normas violadas, mencionó las siguientes: Constitución Nacional, artículos 2, 6, 25, 29 y 125; Decreto 2728 de 1968 y Resolución 713 del 31 de diciembre de 2002.



Dentro del concepto de violación, manifiesta que se transgredieron las disposiciones constitucionales y legales citadas, por cuanto se desconoce el factor objetivo que implica la aplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968. En el grado de ascenso que se le otorga al señor IMVL ROBERT TORRES LOPEZ, al estatus de grado de Cabo Segundo o Marinero en grado póstumo.

La norma en mención es en el escenario jurídico en que se mueve el caso del IMVL ROBERT TORRES LOPEZ, toda vez que su muerte fue en zona de combate y por acción directa del enemigo. El grado de ascenso que se otorga no registra ninguna degradación a ese nuevo estatus por parte del decreto que viene aplicado.

Por otro lado, manifiesta la accionante que no es cierto lo que dice el documento que se pide anular del 2 de septiembre del 2013. En su último párrafo explica que: “Así las cosas la Armada Nacional dio cumplimiento íntegro – dentro de su competencia a lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 esto es; ascendió en forma póstuma al señor IMVL ROBERT TORRES LOPEZ (Q.E.P.D.), y sus beneficiarios recibieron el reconocimiento y pago de 48 meses de los haberes correspondiente a un Marinero Segundo y el pago doble de las cesantías”.

Aduce la accionante que, pese al ascenso, no se le está aplicando el valor de las mesadas y todos sus emolumentos económicos que corresponden al nuevo grado recibido, por quien ostenta el estatus póstumo de Cabo Segundo o Marinero. Por el contrario se le mantiene sujeto a los emolumentos económicos que corresponden a aquel grado que históricamente registró el señor IMVL ROBERT TORRES LOPEZ al momento de morir.

Arguye la demandante que, el oficio No. 184 MD-CG-CARMA-SECAR-JEDHU-DPSOC-22 es negativo a la petición del derecho económico que le es connatural al nuevo grado de ascenso de que ha sido objeto el IMVL ROBERT TORRES LOPEZ de manera póstuma, de acuerdo al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y la Resolución 713 del 31 de Diciembre del 2002. Siendo desconocido el grado de ascenso y dignidad que se ha proferido póstumamente al infante. Manteniéndolo en perjuicio de sus beneficiarios amarrado al sueldo mesadas al grado anterior histórico inferior, por lo que resultan violadas con esta omisión, las normas y las disposiciones constitucionales citadas.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 2 de mayo de 2015 (Folio 14 C. Principal).
- Inadmisión de la demanda: 27 de junio de 2015 (Folio 15 y 16 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 8 de agosto de 2015 (Folio 26 y 27 C. Principal).
- Notificación a las partes: 12 de diciembre de 2014 (Folio 32 a 36 C. Principal).
- Contestación a la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa –Armada Nacional: 19 de marzo de 2015 (Folio 37 a 45 C. Principal).
- Audiencia inicial: 15 de julio de 2015 (Folio 146 a 150 C. Principal).
- Audiencia de pruebas: 2 de septiembre de 2015 (Folio 158 a 159 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 27 de enero de 2016 (Folio 201 a 207 C. Segundo).
- Recurso de apelación parte demandante: 3 de febrero de 2016 (Folio 209 a 210 C. Segundo).
- Recurso de apelación parte demandante: 3 de febrero de 2016 (Folio 209 a 210 C. Segunda).
- Recurso de apelación parte demandada: 11 de febrero de 2016 (Folio 215 a 222 C. Segunda).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 9 de marzo de 2016 (Folio 225 y 226 C. Segunda).
- Auto que admite el recurso de apelación: 12 de abril de 2016 (Folio 4 C. Segunda).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 01 de junio de 2016 (Folio 21 Cuaderno No. 2).

1.3 RESPUESTA A LA DEMANDA

Descorre el traslado de rigor esta entidad, exponiendo respecto de los hechos que unos son ciertos y otros no; que los enumerados del primero al tercero no son ciertos y el hecho número cuatro si lo es. Arguye como razones de la defensa que se opone a las



pretensiones de la demanda, ya que el acto acusado fue dado en legal forma y no ha sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo.

Manifestó que una vez revisado el acervo probatorio, encuentra que no están probados los hechos ni están acreditadas las circunstancias de ilegalidad o nulidad del acto administrativo que alega la parte demandante. Manifiesta la accionante, que lo único cierto es la respuesta contenida en el Oficio No. 184 MD-CG-CARMA-SECAR-JEDHU-DPSOC-22 DE LA FECHA 2 DE SEPTIEMBRE de 2013 fue dada en legal forma y no ha sido desvirtuada la legalidad del acto administrativo, teniendo en cuenta que ellos son nulos en los siguientes eventos: incompetencia, expedición irregular, falsa motivación, falta de motivación, desviación de poder, violación de las normas superiores y violación del derecho de audiencia y defensa.

Propuso como excepciones, las que denominó: i) Falta de actuación administrativa, ii) ineptitud formal de la demanda, y iii) prescripción.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²:

El Juez de primera instancia luego de estudiar lo concerniente a los requisitos legales del debido proceso, consideró el despacho que el régimen jurídico aplicable para este caso es el Decreto 2728 de 1968 “por medio del cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”. Así mismo indicó, que el Decreto 2070 de 2003, norma que tuvo como base la entidad demandada para reconocer pensión de sobreviviente a los actores, previó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los soldados profesionales incorporados, que eran aquellos soldados voluntarios que hubieran fallecido o fallecieron en el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003; dicho precepto fue declarado inexecutable por la corte constitucional en Sentencia C-432 de 2004.

En cuanto al caso que se estudia se tiene que a los demandantes les fueron reconocidas las prestaciones que establece el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, esto es, las cesantías definitivas dobles y compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes citados, mediante Resolución No. 242 de 2003. Indicó que, al extinto

² Fol. 201 a 207

Marinero Segundo le fue reconocida pensión de sobreviviente a través de la Resolución No. 941 de 2004 de conformidad con el Decreto 2070 de 2003 y el Decreto 1794 de 2002, en cuantía del 50% de las siguientes partidas: sueldo básico \$432.600 y prima de antigüedad \$138.667. Es decir, que el 50% de las citadas cuantías era inferior al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento. Se desprende de lo citado, que la pensión de sobreviviente a los demandantes no se les concedió con lo que devengaba un Marinero Segundo grado al que fue ascendido póstumamente el extinto IMVL Torres López.

Como consecuencia de lo anterior, se está en presencia de una situación irregular y desfavorable para la parte actora, pues si bien tiene reconocida su pensión de sobreviviente, no es menos cierto que esta no fue liquidada conforme a derecho, como si puede decirse que fueron reconocidas las prestaciones de cesantías definitivas dobles y compensación de muerte, que de acuerdo a la Resolución No. 242 de 2003 que las reconoce, se hicieron con base en el sueldo devengado por un Marinero Segundo en el año 2002, fecha de muerte del infante de marina voluntario Torres López, y al grado que este fue ascendido de manera póstuma como ya lo han mencionado.

En cuanto a la prescripción, indicó el Juez que se debe remitir al artículo 174 de la Ley 1211 de 1990, por lo que, en cuanto al caso concreto, la parte demandante solicitó mediante escrito el 25 de junio de 2013 el reajuste de la pensión de sobreviviente, entonces de allí hacia atrás corren 4 años, es decir que del 24 de junio de 2009 hacia atrás se evidencia que la pensión se encuentra prescrita.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, el despacho accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta las normas aplicables al caso, por lo que con base en el principio de igualdad y de favorabilidad consideró que tienen derecho los demandantes a que se reliquide la pensión de sobreviviente, encontrándose el acto acusado incurso dentro de las causales de anulación invocadas por la parte demandante.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN

Las partes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 27



de enero del 2016.

La parte actora solicitó que se revoque el numeral 4 de la parte resolutive y en su lugar se disponga que no está probada la excepción de prescripción trienal de los mayores valores causados por la reliquidación en el periodo del 28 de enero de 2003 hasta el 24 de junio del 2009. Igualmente, se actualicen los derechos de la parte demandante, al grado ascendido que efectivamente se acredita en la Armada Nacional.

Argumenta lo anteriormente expuesto diciendo que, la reclamación económica de la parte demandante, en calidad de compañera permanente y en representación de sus hijos menores, ha sido permanente ininterrumpida y actualizada.

Como un segundo argumento indicó que, los derechos son ascendidos y actualizados con retroactividad, en forma póstuma al grado de Cabo Tercero de Infantería Marina, con fecha 28 de octubre del 2002.

La parte demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, argumenta que, en primer lugar no se demostró vicio de ilegalidad alguno en contra del Oficio No. 184 MD-CG-CARMA-SECAR-JEDHA-DPSOC-22 del 2 de septiembre de 2013, puesto que una vez revisado el acervo probatorio obrante en el expediente, los hechos no están probados ni están acreditadas las circunstancias de ilegalidad o nulidad del acto administrativo.

Como segundo argumento, indicó que, el grado de marinerio segundo (póstumo) reconocido al señor ROBERT TORRES lo fue de manera honorífica. Teniendo en cuenta que en el informe administrativo por muerte realizado en el Batallón de contraguerrilla de la infantería de marina, hace constar que la muerte de ROBERT TORRES fue en combate y en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 el mencionado fue ascendido de forma póstuma al grado de Marinero Segundo como se desprende de la Resolución No. 000242 de fecha 19 de marzo de 2003, teniendo como finalidad el reconocimiento de manera honorífica, el cual no influye dentro de los derechos prestacionales a que tuvo lugar.

En tercer lugar argumentó que el Oficio No. 184 MD-CG-CARMA-SECAR-JEDHA-DPSOC-22 del 2 de septiembre de 2013 responde al derecho de petición indicando como fue aplicado el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968. Desde el punto de vista

pensional, a quienes se presentaron y acreditaron como beneficiarios del señor IMVL Torres López (Q.E.P.D), les fue reconocida pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. 941 de 26 de abril de 2004 la cual se ajustó a lo previsto en el Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el Decreto 2070 de 2003 ya que el señor Torres López, fue muerto en combate el día 28 de octubre de 2002, por tanto a los beneficiarios del mencionado soldado voluntario se les reconoció y ha venido cancelándose pensión de sobrevivientes de conformidad a la Ley.

Como cuarto argumento, señaló la falta de actuación administrativa art 161 del CPACA. En este punto, el apoderado pretende que se le aumenten las mesadas pensionales conforme al grado que de manera póstuma se le dio al señor Robert Torres, petición que no fue elevada de manera expresa y concreta a la administración para que se pronunciara de la misma forma frente a lo pretendido por el actor y que posteriormente y de manera eventual dicha respuesta fuese objeto de control judicial.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

1.6.1 PARTE DEMANDANTE (Folio 27a 28 C. apelación): La parte actora alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en la demanda.

1.6.2 PARTE DEMANDADA (Folio 29 a 32 C. apelación): El extremo pasivo hizo uso de la oportunidad procesal otorgada para reiterar lo expuesto en el recurso de apelación.

1.7 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. Dentro de esta etapa procesal no emitió concepto alguno.

2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA. Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.



2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo los antecedentes reconstruidos, debe entrar el Tribunal a determinar, ¿si hay lugar a que se reliquide la pensión de sobreviviente reconocida a los demandantes, con ocasión del fallecimiento IVML ROBERT TORRES LÓPEZ, teniendo en cuenta lo que devengaba un Marinero Segundo de la Armada Nacional, grado al que fue ascendido de manera póstuma el causante de la prestación económica?

Determinado lo anterior, la Sala abordara el estudio del reparo de prescripción planteado por la parte actora, para luego descender al análisis de la imposición de costas en la primera instancia conforme el régimen traído por la Ley 1437 de 2011.

2.2.1 EL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES.

La pensión de sobreviviente o sustitución pensional, es una prestación económica del sistema de seguridad social que lleva inmersa un grado de protección para el beneficiario de la misma, ya que por intermedio de ella se suministra el soporte material necesario para la satisfacción del mínimo vital y para la concreción del derecho fundamental a la dignidad humana.

La importancia del mentado derecho prestacional ha sido desarrollada ampliamente tanto jurisprudencial como doctrinalmente. De los pronunciamientos emanados de las autoridades judiciales la Sala destaca un aparte de la sentencia T-1043 de 2012, en donde la H. CORTE CONSTITUCIONAL, enseñó:

“En múltiples oportunidades esta coporación (sic) se ha pronunciado sobre la figura de la pensión de sobrevivientes, destacando su importancia para la protección de los derechos fundamentales de una categoría especialmente vulnerable de personas: quienes deben soportar las cargas económicas derivadas de la muerte de un pensionado o trabajador de quien dependían para su sustento.

Así, ha explicado la Corte que el objeto de dicha pensión es proteger a la familia, puesto que a través de ella se garantiza a los beneficiarios, “quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante- el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento” del pensionado o trabajador³; en tal sentido, se ha precisado que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado, que al desconocerse puede significar... en una evidente

³ Sentencia T-813 de octubre 3 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

desprotección y posiblemente a la miseria.”⁴

Ahora bien, la regulación normativa de las prestaciones que se originan como consecuencia de la muerte de las personas que se encuentran prestando servicio militar bajo el régimen especial de las Fuerzas Militares –dentro de las que se encuentra la pensión de sobreviviente- fue desglosada en la ya citada sentencia T-1043 de 2012⁵, la cual por su riqueza conceptual y por ser plenamente aplicable al caso bajo estudio, esta Corporación la cita nuevamente, pero ahora *in extenso*:

“4.3. Es así, que por medio de la Ley 100 de 1993, el legislador estructuró el sistema de seguridad social integral cuyo objeto es “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dicho sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro”⁶.

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e)⁷ y 217⁸ de la carta política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el que se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁹.

4.4. Como ha precisado esta corporación, cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud¹⁰.

4.5. Para efectos de analizar el asunto de la controversia, específicamente se realizará un

⁴ Sentencia C-002 de enero 20 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Referencia: Expediente T-3592513. Magistrado sustanciador: NILSON PINILLA PINILLA.

⁶ Ley 100 de 1993, art. 1º

⁷ En dicho artículo se estableció: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:... 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:... e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.” (No se está en negrilla en el texto original).

⁸ Igualmente en la referida disposición se anotó: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.” (No se está en negrilla en el texto original).

⁹ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ En este sentido ver las sentencias: C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

recorrido por la regulación normativa de las prestaciones ocasionadas por la muerte de las personas que se encuentran prestando servicio militar dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares:

Al respecto, el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, estableció que:

“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.”

Sin embargo, con el fin brindar una más adecuada y amplia protección en términos prestacionales a los beneficiarios del personal de las fuerzas armadas fallecido en cumplimiento del deber constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, se expidió el Decreto Ley 1211 de 1990, “por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, el que fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998, donde en el artículo 185 se dispuso:

“ORDEN DE BENEFICIARIOS. 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 concurre 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.”

Empero dicho artículo, no incluyó a los compañeros permanentes de los pensionados como potenciales beneficiarios de la sustitución pensional, únicamente se refería, en el literal (a), a los

cónyuges supervivientes.

4.6. Es por ello que a través del artículo 5° de la Ley 447 de 1998¹¹, se prescribió:

“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 (11/2) mínimo mensuales y vigentes.”

Dicha norma anteriormente referida fue objeto de dos pronunciamientos de constitucionalidad: donde en la sentencia C-152 de marzo 5 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, esta corporación declaró exequible el artículo 5° de la Ley 447 de 1998¹² sólo por los cargos entonces estudiados pero “bajo la condición de que si el fallecido durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene hijos que tengan derecho conforme al Decreto 1211 de 1990, éstos son los primeros llamados a recibir los beneficios establecidos en esa Ley”. De igual manera, se aclaró que no se podrá excluir “a la cónyuge o compañera permanente que tendrá derecho a la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993”. Y finalmente, declaró exequible el artículo 6°¹³ “bajo el entendido de que corresponde a una pensión, y como tal, se sujeta a las reglas generales en cuanto a la prescripción de las mesadas cuyo cobro no se realice a tiempo”.

Igualmente en providencia C-434 de mayo 27 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, esta Corte declaró la exequibilidad del artículo 1° de la mencionada ley, en el cual se disponía que dichas normas se aplicarán a partir de la entrada en vigencia de ésta a favor de los parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio de la norma, donde se argumentó que es constitucionalmente válido que el legislador defina, con base en sus propias consideraciones, la entrada en vigencia de dicha ley.

Además en este caso la Corte consideró, que revisado el régimen anterior fijado en el artículo 8° del Decreto 2728, el legislador consideró que existían nuevos condicionamientos que hacían insuficiente la indemnización consagrada en dicho régimen, por lo cual se hacía necesario contemplar uno nuevo, que fue el finalmente diseñado con la Ley 447 de 1998.

4.7. Ahora bien, una lectura detenida de los enunciados normativos transcritos nos permite evidenciar cómo, con la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 la figura de la pensión

¹¹ Diario Oficial N° 43.345 de julio 23 de 1998, Ley 447 de 1998: “Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de los parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.”

¹² Dicho artículo establece: “BENEFICIOS. Serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.

PARAGRAFO 1o. Establécese (sic) como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6o. de esta ley.

PARAGRAFO 2o. La sustitución pensional de manera exclusiva, sólo podrá concederse entre un ascendiente al otro ascendiente o entre los padres adoptantes. No podrá desplazarse a otros parientes.”

¹³ Dicho artículo dispone: “PRESCRIPCION. Los derechos aquí consagrados prescriben en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria del hecho o acto administrativo.”

vitalicia opera exclusivamente para aquellos casos en los cuales la persona que presta el servicio militar obligatorio fallece en combate, pero esta Ley no estableció disposición alguna para regular aquellas muertes que ocurran simplemente en actividad. Por este motivo y con el fin de no desamparar completamente a los beneficiarios, para estos eventos el Ejército Nacional aún continúa aplicando el inciso tercero del artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, que dispone que para aquellas muertes ocurridas simplemente en actividad los beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo Marinero.

4.8. No obstante lo anterior, esta corporación al realizar la revisión del régimen descrito advirtió que, en tratándose de una muerte ocurrida simplemente en actividad, eventualmente puede presentarse un trato inequitativo e injustificado entre los beneficiarios de aquellas personas que fallecen prestando servicio militar obligatorio y los beneficiarios de quienes hacen parte de las Fuerzas Militares en calidad de oficiales y suboficiales.

4.9. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segundo, en fallo de julio 7 de 2011, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado 2161-09, se anotó que “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 1990¹⁴, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias”.

A juicio de dicha 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, donde “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 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”.

Por ello, dicha corporación anotó en la sentencia anteriormente mencionada “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”.

Así, considero que no resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990, el que fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998, 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, respectivamente, “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

¹⁴ Decreto Ley 1211 de 1990, “por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, según fue modificado parcialmente por la Ley 447 de 1998.

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”.

Adicionalmente se indicó que con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 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.

Por tal razón, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política, el Consejo inaplicó el artículo 8º 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, aplicó el artículo 185 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”¹⁵.

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Como vemos, el aparte jurisprudencial en cita es diáfano en establecer que existía un trato desigual dentro del régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares que se regulaban por las disposiciones contenidas en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, discriminación que radicaba específicamente en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los familiares de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, respecto de los familiares de los soldados dados de baja en las mismas condiciones.

Sobre el tópico a que se viene haciendo referencia, nuestro Tribunal Rector ha emitido una serie de pronunciamientos, de los cuales a continuación este Cuerpo Colegiado procede a destacar los apartes más importantes de los mismos, así:

En providencia calendada 30 de octubre de 2008, la Sección Segunda Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. CONSEJO DE ESTADO¹⁶, esgrimió:

⁴ “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.”

¹⁵ Sobre el particular esta misma Sección en providencia de abril 1º de 2004, radicado 1994-2003, C. P. 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.”

¹⁶ Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05) Consejero ponente: BERTHA

“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 más 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)”. (Negrilla y subrayado para resaltar)

Posteriormente, esa misma Corporación en fallo adiado 2 de agosto de 2012¹⁷, reafirmó los argumentos expuestos en precedencia, bajo las siguientes líneas:

“En este orden de ideas, el Decreto 2728 de 1968, aplicado por la entidad demandada al señor León de Jesús Gaviria Varela, únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus beneficiarios, una prestación indemnizatoria y el pago doble del auxilio de cesantías. Por ello, la entidad accionada al aplicar este régimen no reconoció la pensión de sobrevivientes, pues la misma no se encontraba prevista en la referida norma.

No obstante lo anterior, es preciso resaltar que 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

LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Actor: HERNANDO DE JESUS OLARTE Y OTRA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

¹⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ÁLVARADO ARDILA Ref: Expediente No. 050012331000200200672 01.-Número interno: 1020-2010.- Autoridades Nacionales. - Actora: ALICIA ÚSUGA VALDERRAMA.-

establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el ascenso póstumo y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

En efecto, la citada disposición prescribe:

“ARTÍCULO 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.”.

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. Al respecto, se ha sostenido¹⁸:

“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.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de 7 de julio de 2011, Radicación No.: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: EVADIAS PEREZ VILLALBA.

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.”.

En atención a la aludida directriz jurisprudencial, en consonancia con el artículo 4⁴ 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”.

Huelga concluir de las providencias en cita que, es claro tanto para el CONSEJO DE ESTADO como para la CORTE CONSTITUCIONAL, que existía un trato diferencial entre los beneficiarios de la pensión de sobreviviente de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que por actos propios del servicio pierden la vida, y los familiares de los soldados regulares de la misma institución que en igual contexto también fallecían.

Para zanjar el trato discriminatorio impuesto por el Decreto 2728 de 1968 y por el Decreto 1211 de 1990, se ha optado, tal y como se dejó sentado en líneas superiores, por inaplicar el contenido de la primera norma señalada, en el aparte normativo que hace nugatorio el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios de los soldados regulares muertos en combate, para en su lugar aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto 1211 de 1990, esto con base en los principios de favorabilidad y de igualdad material, pilares fundamentales de todo Estado Social de Derecho.

Valga aclarar en este estado de la argumentación expuesta, que el vacío legislativo existente fue llenado a partir de la vigencia de los Decretos 2070 de 2003¹⁹, 2192 de

⁴⁴“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.”.

¹⁹“Artículo 19. Muerte en combate. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

19.1 Para Oficiales y Suboficiales:

19.1.1 El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.

2004²⁰ y 4433 de 2004²¹, normas estas que no son aplicables al caso controvertido por su fecha de vigencia.

Así pues, para la Sala, es importante aclarar que si bien las Altas Corporaciones judiciales ya reseñadas, venían inaplicando las normas contenidas en el Decreto 1211 de 1990 y ordenando incluir como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los soldados profesionales, esto se basó claramente en la discriminación existente entre oficiales y suboficiales que sí tenían ese derecho, y soldados, que carecían del mismo, pero que conforme a la normativa ya indicada poseen ya el derecho a la liquidación de la mencionada prestación, a cargo del Estado.

19.1.2 El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.

19.1.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que, en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

19.2 Para Soldados Profesionales:

19.2.1 El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, si a momento de la muerte el Soldado tiene menos de veinte (20) años de servicios.

19.2.2 Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto.”

²⁰ “**ARTÍCULO 10. PENSIONES DE SOBREVIVENCIA DE SOLDADOS PROFESIONALES.** Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto-ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 7o del presente decreto.”

²¹ “**Artículo 19. Muerte en combate.** A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

19.1. Para Oficiales y Suboficiales:

19.1.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.

19.1.2. El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.

19.1.3. A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

19.2. Para Soldados Profesionales:

19.2.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, si al momento de la muerte el Soldado tiene menos de veinte (20) años de servicios.

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto.”



2.2.2 LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011.

Las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como *agencias en derecho*, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

De acuerdo a nuestras regulaciones adjetivas, el Código de Procedimiento Civil, claramente se inclina frente a la teoría objetiva, dado que el artículo 392 numeral 1, en su redacción introducida por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, establece una condena automática para el vencido, quien debe correr con el costo de los gastos ocasionados en el proceso y debidamente soportados en el expediente, y las *agencias en derecho*.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código

Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto.

En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO²².

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

“Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

a) El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

²² Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (11). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b) De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c) En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a) Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC16, modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.

b) Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes¹⁹. Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999²⁰, en la cual se precisó lo siguiente:

"[...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]"

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión *"[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]"* del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que *"[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las*

entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre). [...] "Y que [...] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado [...]". Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional, *"[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]"* tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.

a. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 *ibídem*, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]"

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto²³, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe *in extenso* por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia.

"[...] 2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

"En cuanto al último motivo de inconformidad de la accionante, relativo a que se le condenó a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, aunque no actuó de mala fe o de manera temeraria, se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, que "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil", actualmente por el Código General del Proceso, que en sus artículos 361 y siguientes regula lo correspondiente a la costas del proceso.

"Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, "las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho²⁴", y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:

En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:

"Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes.

Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente. [...]"

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias del derecho²⁵, en tanto al revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio. [...]"

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA.
- Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

2.2.3 EL CASO CONCRETO

Consideran los demandantes que la pensión de sobreviviente debe ser liquidada teniendo en cuenta el grado adquirido de forma póstuma por el IMVL ROBERT TORRES LÓPEZ, esto es, Marinero Segundo, mientras que la entidad demandada considera que el ascenso póstumo tiene una naturaleza honorífica, sin repercusiones económicas en las prestaciones.

En primera instancia, el Juez concluyó que los demandantes tienen derecho a la reliquidación de la pensión reconocida, para lo cual señaló que el ascenso póstumo realizado al soldado muerto en combate lo ubicaba dentro de los suboficiales beneficiarios de las prestaciones establecidas en el Decreto-Ley 1211 de 1990, situación que se extendía a sus beneficiarios, razón por lo que, consideró, la pensión debía ser reliquidada como lo establece el artículo 189 de la norma en mención, reconociéndose con base en lo devengado por un Marinero Segundo, grado al que fue ascendido.

Las partes mostraron su inconformidad con la sentencia de primera instancia. Los actores de forma parcial en lo que toca con la prescripción decretada, mientras que la demandada se muestra inconforme con la decisión del *A quo*.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, advierte la Sala que, el asunto se contrae a lo relacionado con el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de los

beneficiarios de los soldados muertos en combate, cuando quiera que se trate de eventos ocurridos en vigencia del Decreto 2728 de 1968 o el Decreto Ley 1211 de 1990, más concretamente a la forma de liquidación, además, se plantean problemas jurídicos secundarios relacionados con el cómputo de la prescripción y la condena en costas, lo cual se pasa a decidir:

- Reliquidación de la pensión de sobreviviente.

Esta Corporación en providencias anteriores, se ha pronunciado en torno al tema del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados muertos en combate, reiterando lo atinente a la aplicación del artículo 189 del Decreto Ley 1211 de 1990 frente a los soldados regulares muertos en combate, con sustento en el artículo 53 superior, esto es, en los principios de favorabilidad e igualdad material, dando lugar a la inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

Ahora, la anterior eventualidad, esto es, el hecho de aplicar a los soldados regulares muertos en combate el Decreto Ley 1211 de 1990 *“por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, y en ese sentido reconocerles a sus beneficiarios la pensión de sobreviviente que no contempla el Decreto 2728 de 1968, se funda en la necesidad de proteger el núcleo familiar del soldado muerto en combate, puesto que no existe justificación para aquel trato desigual, en la medida 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”.

En lo que toca a la forma de liquidación, es del caso señalar que, tal como lo señaló el CONSEJO DE ESTADO en sentencia del 30 de octubre de 2008²³, lo que justifica igualmente la aplicación del Decreto Ley 1211 de 1990 a los soldados regulares muertos en combate, es el hecho de que al tener el ascenso póstumo se ubican dentro de los suboficiales beneficiarios de la prestación.

Así las cosas, se reitera, lo que justificaba aplicar el régimen de los suboficiales, no era simplemente solventar el trato inequitativo y discriminatorio existente entre, por un

²³ Ver cita. No. 15.

lado, oficiales y suboficiales, y por el otro, soldados profesionales y asimilado, sino también, darle efectos económicos al ascenso póstumo de que trata el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, razón por lo que la pensión de sobreviviente debe ser liquidada con base en los ingresos del grado obtenido póstumamente, máxime que es este grado el que se ubica en el nivel de suboficiales.

De modo que, contrario a lo señalado por el apelante, el ascenso póstumo de los soldados regulares muertos en combate no tiene una naturaleza honorífica sin efectos económicos, puesto que el grado obtenido póstumamente es el utilizado para la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los familiares del difunto.

Ahora bien, en lo que respecta a las demás argumentaciones expuestas por la entidad demandada apelante, debe recordar la Sala que en Audiencia Inicial, al resolverse la excepción de FALTA DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, se dijo que en petición del 7 de mayo de 2013 (Folio 129) se solicitó el incremento de las mesadas pensionales, lo que a juicio del *A quo* constituye la solicitud de reliquidación pensional teniendo como base el grado al que fue ascendido póstumamente el extinto infante de marina, contra dicha decisión no se interpuso recurso alguno. Lo anterior implica además, que deba entenderse negada la solicitud de reliquidación al no pronunciarse sobre tal punto, razón por lo que esta Sala considera que no le asiste razón al apelante al considerar que sobre el acto demandado no se configura causal de nulidad alguna, puesto que, como se dijo, con la misma se niega inadecuadamente el derecho a los demandantes, a la reliquidación de la pensión de sobreviviente.

En razón de lo expresado, se confirmará lo relacionado con el derecho a la reliquidación de la pensión de sobreviviente, tal como lo señaló el *A quo*.

- **Prescripción.**

En lo que respecta al argumento de la parte actora, esto es, a la ausencia de prescripción, es del caso señalar que, como quiera que a los demandantes se les reconoció la pensión de sobrevivientes conforme lo señalado en el artículo 189 del Decreto ley 1211 de 1990, le es aplicable lo señalado en el artículo 174 de la misma

norma²⁴, según la cual los derechos consagrados en dicho estatuto prescriben en 4 años, contados a partir de la fecha en que se hacen exigibles.

Ahora bien, en el presente asunto se encuentra acreditado que el IMVL ROBERT TORRES LOPEZ falleció el día 28 de octubre de 2002, conforme es visible en el correspondiente Registro Civil de Defunción (Folio 66), razón por lo que mediante Resolución No. 0941 del 26 de abril 2004 se reconoció pensión de sobreviviente a favor de LILIANA ESTELLA RICARDO GUERRERO (cónyuge), ROBERT ANDRÉS y WENDY VANESSA TORRES RICARDO (hijos), beneficiarios del extinto infante.

Así mismo, se encuentra acreditado que mediante oficio recibido el día 16 de mayo de 2013 (Folio 129), los demandantes, por conducto de apoderado, solicitaron el reconocimiento de la reliquidación de la pensión, fecha que se ha de tener en cuenta para el cómputo de la prescripción cuatrienal que opera en el asunto²⁵. Por lo anterior, en aplicación de la norma en mención, deben tenerse por prescritos los mayores valores a que tienen derecho los demandantes desde el 15 de mayo de 2009 hacia atrás.

Pese a lo anterior, debe tener en cuenta la Sala que en el presente asunto figuran como demandantes dos menores de edad, beneficiarios del extinto infante IMVL ROBERT TORRES LOPEZ, conforme se acredita con los respectivos Registros Civiles de Nacimiento (Folios 12 y 13).

Frente a ello es necesario recordar lo dispuesto por los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, así:

“ARTICULO 2530. SUSPENCIÓN DE LA PRESCRIPCION ORDINARIA. Modificado por el art. 3, Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

²⁴ Decreto Ley 1211 de 1990. Artículo 174. “Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

²⁵ Es del caso resaltar que, si bien el *A quo* tomó como fecha de cómputo de prescripción el día 25 de junio de 2013, advierte la Sala que tal fecha hace relación a la remisión por competencia de petición presentada por los demandantes el día 12 de junio de 2013, más no la relativa al 7 de mayo de la misma anualidad.

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia.

Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.

No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.”

“ARTICULO 2541. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530.

<Inciso modificado por el artículo 10 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>
Transcurrido diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente.”

Frente a lo anterior, esta Colegiatura trae a colación un aparte de la sentencia adiada veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)²⁶, en la cual el Tribunal Rector de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la que por su claridad en el tema puesto a consideración por el demandante apelante, se cita in extenso:

“Tanto la Sección Segunda del Consejo de Estado como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han sostenido el criterio que admite la suspensión de la prescripción laboral en beneficio de los menores de edad.

Así, el Consejo de Estado en Sentencia de 16 de octubre de 1997, Radicación 15012, M.P. DR. Carlos Arturo Orjuela Góngora, sostuvo:

“Ante esta circunstancia las beneficiarias del seguro debían adelantar los trámites atinentes a su obtención, pues en principio pesaba el término de prescripción trienal establecido en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968. Sin embargo, considerando que a la fecha del fallecimiento de la causante sus hijas Ceila y Angela tenían 9 y 8 años, respectivamente, el señalado término de prescripción extintiva no podía iniciarse, pues a términos del ordinal 1º del artículo 2530 del Código Civil la prescripción ordinaria se suspende en favor de:

“Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría.”

“Consiguientemente, a la demandada no le asiste razón cuando esgrime el acaecimiento

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B” CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 22 de septiembre de 2011. Radicación No. 05001233100020040496901 Expediente No. 2412-2010 Actor: ROSA EUGENIA RONDÁL PÉREZ Y OTROS AUTORIDADES NACIONALES.

de una mal entendida prescripción extintiva para negarle a las dos menores el legítimo derecho a obtener el goce del seguro de muerte, pues como bien claro ha quedado, el referido término prescriptivo ni siquiera eclosionó. Por lo mismo, la Sala reconoce desde ahora que el seguro de muerte invocado en la demanda tiene vocación de prosperidad, como en efecto se resolverá.”

Y, en sentencia de 29 de abril de 2010²⁷, señaló:

“Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante a partir del día siguiente de fallecimiento de la causante y hasta la fecha en que éste adquirió la mayoría de edad, sin que opere en este caso afectación del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales causadas, por tratarse de un derecho causado a favor de un menor de edad, el cual no podía ser exigible directamente por éste sino hasta el cumplimiento de su mayoría de edad.”

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 11 de diciembre de 1998²⁸, dictada dentro del proceso de radicación 11349, manifestó:

“En relación con el tema de fondo que plantea el cargo, la Sala considera:

La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a “Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría.

Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el

²⁷ Radicación número: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09). MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁸ Este precedente ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias de 18 de octubre de 2000, Rad. 12890; de 22 de julio de 2003, Rad. 19796; de 7 de abril de 2005, Rad. 24369; de 31 de marzo de 2009, Rad. 34641; y de 17 de junio de 2009, Rad. 35722.

modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.

Se tiene entonces, que en virtud del fenómeno de la suspensión, la prescripción no operó en contra de los derechos reclamados por los menores.”

Siguiendo los anteriores criterios jurisprudenciales que esta Sala acoge, el término de prescripción extintiva se suspende en beneficio de los menores de edad, por lo que sólo empieza a correr cuando ellos alcanzan la mayoría de edad.

La suspensión de la prescripción a favor de los menores se justifica en la medida en que sus derechos hacen parte de su haber patrimonial y no del de su representante legal, de modo que sólo puede afectárseles con el fenómeno prescriptivo cuando tengan capacidad legal de ejercicio; máxime porque el hecho de que cuenten con una persona que los puede representar legalmente, no significa una garantía de la reclamación efectiva y oportuna de sus derechos, por lo que es inadmisble sujetarlos a la suerte que dispongan quienes los representan.

Sumado a lo anterior, resulta acorde con los postulados del Sistema Constitucional Colombiano que pregonan la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución), la suspensión del término de prescripción extintivo mientras ellos adquieren capacidad, pues sólo así se garantiza que puedan participar de manera efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar.”

Esta Sala encuentra ajustada la aplicación del antecedente jurisprudencial citado y por tanto, la norma que consagra la suspensión de la prescripción a favor de los menores de edad y los incapaces, contenida en el Código Civil, es plenamente aplicable al caso objeto de estudio, y por ello en el caso de marras no puede declararse la prescripción de las mesadas pensionales causadas a favor de los menores ROBERT ANDRÉS TORRES RICARDO y WENDY VANESSA TORRES RICARDO, por lo que deberá modificarse el numeral 4º de la sentencia apelada, en el sentido de solo declarar la prescripción cuatrienal de los mayores valores causados por la reliquidación a favor de la señora LILIANA ESTELA RICARDO GUERRERO, anteriores al 15 de mayo de 2009, y el derecho a favor de los menores en mención tendrá efectividad fiscal desde el 28 de octubre de 2002, fecha de deceso de su señor padre.

- Costas.

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, en consideración a que no se tuvo en cuenta lo reflejado en el trascurso del proceso, es necesario recordar que, como se explicó en apartes anteriores, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que

no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, por lo que se confirmará la relacionado con la imposición de costas en primera instancia.

En este orden de ideas, las anteriores disquisiciones rebaten los argumentos de disenso planteados en el recurso de apelación y en consecuencia se erigen como suficientes para disponer por parte de esta Sala de Decisión, la **MODIFICACIÓN** de la sentencia objeto de censura en torno a lo relacionado con la prescripción, **CONFIRMANDO** lo demás.

2.3 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Como quiera que a la parte demandada no le prosperó el recurso, mientras que el interpuesto por los demandantes prosperó de forma parcial, no se condenará en costas, de conformidad con lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral 4º de la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del presente proceso, de fecha 27 de enero de 2016, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, el que quedará así:

“CUARTO: DECLÁRESE probada la excepción de prescripción cuatrienal de los mayores valores causados con anterioridad al 15 de mayo de 2009 por la reliquidación de la pensión de sobreviviente a favor de la señora LILIANA ESTELA RICARDO GUERRERO. DECLÁRESE que el derecho a favor de los menores ROBERT ANDRÉS TORRES RICARDO y WENDY VANESSA TORRES RICARDO tendrá efectividad fiscal a partir de 28 de octubre de 2002, fecha de deceso de su señor padre.”

En lo demás, **CONFÍRMESE** la sentencia apelada.



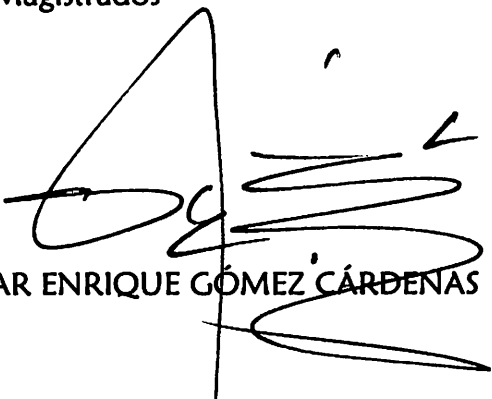
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme este fallo, DEVUÉLVASE al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 129.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS


SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA


RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY