



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, nueve (9) de abril de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN N°: 70-001-33-33-009-2015-00183-00
DEMANDANTE: EUNICE SOFIA TORREZ PEÑA.
DEMANDADO: NACIÓN – MINDEFENSA –ARMADA NACIONAL
MAG PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2017 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.

La señora **EUNICE SOFIA TORREZ PEÑA**, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –ARMADA NACIONAL**, solicitando se declarará la **nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 0193 de 15 de marzo de 2011**, proferido por la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional y mediante el cual se le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de su hijo Larry José Torres Peña.

A **título de restablecimiento del derecho**, pretende que:

- Se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en los términos del artículo 1º de la Ley 447 de 1998, es decir, el equivalente a un salario y medio del mínimo mensual vigente, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 4433 de 2004, la cual debe ser reconocida a partir del 25 de diciembre de 2006.
- Se le cancelen las mesadas dejadas de percibir a partir del día 18 de febrero de 2007, ya que como consecuencia de la petición elevada el día 18 de febrero de 2010, se interrumpió la prescripción.

- Se disponga la actualización de la condena de conformidad con el IPC, se cancelen las costas y honorarios profesionales del apoderado dentro del proceso, se cancelen intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y condenar a la entidad demandada a que cumpla la condena en los términos del artículo 195 de la ley 1437 de 2011.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se afirmó, que:

El día veinticinco 25 de diciembre de 2006, el joven soldado LARRY JOSE TORRES PEÑA (Q.E.P.D), fue muerto mientras él prestaba su servicio militar obligatorio.

Las circunstancias de su muerte al principio fueron muy extrañas, hoy se tiene certeza que su muerte obedeció a los mal llamados (Falsos Positivos), es decir una Ejecución Extrajudicial, por parte de sus superiores.

Por los hechos anteriores, la señora EUNICE TORRES PEÑA presentó demanda de reparación directa ante los Jueces administrativos de Sincelejo, sentencia de primera instancia que fue condenatoria al igual que la de segunda Instancia proferida por el Tribunal Contencioso de Sucre, el cual confirmó la de primera instancia.

El día 18 de febrero de 2010, la demandante, presentó petición a la Armada Nacional Dirección de Prestaciones Sociales tendiente al Agotamiento del Vía Gubernativa, solicitando se le reconociera pensión de sobreviviente a mi poderdante.

La Armada Nacional, el día 15 de marzo de 2011, profirió acto administrativo N° 0193 MD-CG-CARMA-SECAR-JEDHU-DPSOC-22, noticiado el **día 25 de marzo de 2011**, negando la petición de reconocimiento pensional de la actora.

En el acápite **de normas violadas y concepto de violación**, la parte demandante indicó como tales, los Artículo 2º, 6º y 209, 13 de la C.P.; Art. 3º de la ley 1437 de 2011. Ley 447 de 1998, artículo 1º, 3º y artículo 5º, párrafo 1º. Ley 4 de 1992. Ley 100 de 1993. Decreto 1793 de 2000. Decreto 4433 de 2004. Decreto 2728 de 1968. Sentencia C- 182/97. Sentencia T-372 de 2002, expresando que el administrativo demandado estaba viciado de nulidad por falsa motivación e ilegalidad, porque que desconoce y no proteger los derechos y libertades de las personas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Consideró que era notable que la omisión del servidor público en no reconocer una Pensión de Sobreviviente a favor de mi poderdantes (Prestaciones sociales obligatorias de tracto sucesivo y reglamentadas), por la ley 447 de 1998, artículo 1º, armonizada y complementaria con el Decreto 4433 de 2004, articulo 2, 19, y 21, pues La Nación, con un criterio escueto en su acto demandado afirma que como quiera que al actor le reconocieron la Indemnización por muerte contemplada en el decreto 2728 de 1968,

artículo 8º, Tercer Párrafo (prestación Unitaria), no ostentan el derecho de pensión de sobrevivientes.

Afirmó que el acto demandado yerra al homologar una indemnización (prestación Unitaria), con una pensión de sobrevivientes (prestación Periódica de tracto sucesivo), pues no son excluyentes entre sí, y recuérdese que para la fecha de la muerte del joven que prestaba el servicio militar obligatorio, estaba vigente la ley 447 de 1998, lo que indica que el régimen aplicable para esa época era dicha ley, y si existiesen vacíos, se aplicará la ley general, es decir la ley 100 de 1993, pues en un Estado social de derecho que nació en 1991, no puede haber discriminación de los ciudadanos, más aún cuando estos mueren prestando un servicio militar obligatorio a la patria.

Expresó igualmente, que el acto que se demanda es absurda e incoherente con el actual Estado Social de Derecho, puesto que nunca un sistema prestacional excepcional o especial puede ser inferior a la norma general de seguridad social integral (ley 100 de 1.993), que por regla general los regímenes especiales o excepcionales siempre ofrecen mayor cobertura, beneficios que el régimen general, por lo que el Ministerio de Defensa al proferir el acto demandado confunde el concepto de indemnización (prestación unitaria) y el de pensión (prestación periódica). Por ello, agregó que el acto demandado esta viciado de ilegalidad al contrariar la ley 447 de 1998, y el régimen general establecido en la ley 100 de 1993, como tampoco los precedentes jurisprudenciales que se ha venido aplicando en estos casos, dando un trato desigual, discriminatorio, en el sentido que pareciere que la Administración tuviere soldados que cuando fallecen en la prestación del servicio militar obligatorio, sus beneficiarios reciben pensión de sobrevivientes, y otros como es nuestro caso no reciben el mismo derecho, reiteramos el acto administrativo que se demanda, sus considerandos son escuetos.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional, se opone a las pretensiones de la demanda, solicitando sean negadas las mismas, porque la entidad ha actuado conforme la Ley y la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

A los hechos expresó que era cierto el fallecimiento del señor TORRES PEÑA, pero que no le constaban las circunstancias del mismo y que igualmente era cierta la demanda de reparación directa formulada por la actora y decida en primera y segunda instancia, así como la petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Como razones de su defensa argumentó que la demandante no le asiste el derecho a pensión de sobrevivientes de conformidad con la legislación vigente al momento del deceso, Ley 31 de 1985 en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y que no era posible aplicar el régimen ordinario de Ley 100 de 1993 porque, por virtud del artículo 279 de la misma, las fuerzas

militares están exceptuadas de su aplicación, agregando que en todo caso, no estaba probada la dependencia económica de los padres frente al hijo fallecido, la cual se desvirtúa porque la demandante, reclama el derecho 9 años después del fallecimiento del infante regular LARRY JOSÉ TORRES PEÑA, razones por las cuales no hay lugar al reconocimiento pensional.

Indicó que los beneficiarios del soldado regular que fallece, solo tienen derecho a 24 meses de sueldo básico que en todo caso corresponde a un cabo segundo o mariner, como lo estableció el artículo 8 del decreto 2728 de 1968, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda y en caso de acceder a las mismas, se ordene el descuento de las sumas de dinero reconocidas y recibidas en la Resolución No.1744 del 3 de octubre de 2007, pues no puede ser beneficiaria la actora de una mixtura de regímenes diferentes.

Por otra parte la entidad demandada, formuló las excepciones que denominó legalidad del acto administrativo, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y el reconocimiento de cualquier hecho extintivo que surja del debate procesal.

1.5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo en sentencia del 27 de mayo de 2017, declaró la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento condena a la parte demandada a que reconozca, liquide y pague una pensión de sobreviviente de conformidad con la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, esto es, en monto igual a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, el cual será aumentado anualmente conforme a la tasa de incremento estipulada por el Gobierno Nacional; pensión que estará sujeta a la condición suspensiva consagrada en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 447 de 1998, esta es, que la mencionada beneficiaria cumpla los 50 años de edad, momento a partir del cual se hará acreedora de forma efectiva a este derecho pensional.

Para el efecto, luego de describir el marco normativo de la pensión de sobrevivientes en las fuerzas militares, afirmando que la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO como de la CORTE CONSTITUCIONAL, ponen en evidencia la existencia de 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 fallecen y 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.

En el caso concreto, expuso:

"..se encuentra acreditado que el I.M. LARRY JOSÉ TORRES PEÑA, identificado con la CC. N° 1.102.808.746, falleció el día 25 de diciembre de 2006 (Fol. 24).

El I.M. LARRY JOSÉ TORRES PEÑA era hijo de la señora EUNICE SOFÍA TORRES PEÑA (Fol. 25).

La muerte del referenciado I.M. ocurrió de manera violenta en desarrollo de operaciones militares de la Infantería de Marina, durante la prestación del servicio militar obligatorio, siendo calificadas las circunstancias de la misma como "simplemente en actividad" (Fol. 26 y 193)

A la señora EUNICE SOFÍA TORRES PEÑA, se le otorgó una compensación por la muerte de su hijo, en calidad de infante de marina regular, equivalente a 24 meses de los haberes de un marinero (Fol. 26).

La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL fue condenada judicialmente por la muerte del I.M. LARRY JOSÉ TORRES PEÑA, en fallos de primera y segunda instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Sincelejo y el H. Tribunal Administrativo de Sucre, respectivamente, bajo el título de imputación de falla en el servicio (Fol. 33 a 67).

Analizando lo probado y el precedente jurisprudencial referenciando en líneas superiores, encuentra este juzgador factible reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora EUNICE TORRES PEÑA, con ocasión de la muerte de su hijo, el Infante de Marina LARRY TORRES PEÑA, pues se encuentra acreditado que para la fecha de su fallecimiento era integrante de la Infantería de Marina, y que se encontraba vinculado desde el año 2005 (Fol. 156), no había sido declarado desertor y fue dado de baja mediante orden administrativa N° 159 de 10 de septiembre de 2007, es decir, con posterioridad a su fallecimiento (Fol. 161).

En este punto se detiene el Despacho para manifestar, que si bien es cierto la entidad encartada calificó la muerte del mencionado TORRES PEÑA, como en simple actividad, para este Juzgador luego de estudiar en su conjunto el acervo documental, la misma ocurrió como consecuencia de la realización directa de actos propios del servicio militar obligatorio, circunstancia que hace aplicable plenamente el artículo 1 de la Ley 447 de 1998.

Por lo anteriormente expuesto, se encuentra que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad, ya que la norma en que se fundamenta Decreto 2728 de 1968, es claramente violatoria del derecho a la igualdad y es factible inaplicarla por inconstitucional además de que, tanto la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, sí reconocen la prestación solicitada y es aplicable al caso.

En cuanto al argumento expuesto por la parte actora que no hay lugar a reconocimiento por cuanto no está demostrada la dependencia económica, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 11, al establecer el orden de los beneficiarios de la pensiones por muerte en el servicio activo, prevé que los padres cuando no exista cónyuge, ni hijos, pueden ser acreedores de estas prestación, siempre y cuando dependan económicamente del causante.

Pues bien, se encuentra en el expediente que la parte actora no aporta documentación u otro medio probatorio que acredite tal circunstancia, sin embargo la parte demandada al aportar con la contestación de la demanda el expediente administrativo de reconocimiento prestacional, aporta copia de una declaración juramentada suscrita por la señora EUNICE TORRES PEÑA, en la cual indica que dependía económicamente de su hijo fallecido, circunstancia esta que no fue controvertida de alguna forma por la entidad accionada (fol. 208 C. N° 2).

Aunado a lo anterior, decir que no dependía económicamente del causante, por no reclamar de manera inmediata a su fallecimiento la pensión de sobrevivientes y haber dejado transcurrir nueve años desde la muerte para proceder a reclamar la mencionada prestación, no es óbice para negar el reconocimiento, ya que la pensión es una prestación que por su naturaleza no prescribe y puede ser reclamada en cualquier tiempo”

En lo que se refiere a la devolución del monto recibido por compensación por muerte, este juzgador no encuentra lugar a tal devolución, pues ha dicho el H. Consejo de Estado en su jurisprudencia que la pensión de sobrevivientes y la compensación por muerte de conformidad con las normas del Decreto 1211 de 1990, no son excluyentes y es factible el reconocimiento de ambas...” (Sic).

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación, solicitando sea revocada y en su lugar se nieguen las pretensiones, señalando que no están probados los hechos ni las circunstancias de ilegalidad o nulidad del acto administrativo que alega la parte demandante.

Para el efecto, estimó que existió una errónea interpretación del decreto 4433 de 2004 y ley 447 de 1998, porque:

“...en ningún caso se ha demostrado que la muerte del IMAR LARRY JOSE TORRES PEÑA se haya producido o este enmarcada dentro de una de las circunstancias establecidas en el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004, ya citadas y por lo tanto no se cumplen con todos y cada uno de los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de una pensión mensual a favor de la señora EUNICE TORRES PEÑA ya que la muerte de su hijo IMAR LARRY JOSE TORRES PEÑA se produjo en misión del servicio la cual no se puede encasillar dentro de las circunstancias consagradas para efectos del reconocimiento pensional.

Aunque no hay una definición clara de que es la “Muerte en Misión del Servicio”, en el mismo Decreto 4433 de 2004 encontramos en su artículo 20 aplicable solo para oficiales o suboficiales que se trata de aquella ocasionada en el servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, forma y modo en la que ocurrió la muerte del IMAR LARRY JOSE TORRES PEÑA, razón por la cual el análisis hecho por el Juez A-Quo desconoce el requisito exigido por la norma aplicable al caso concreto.

Como podemos ver existe un claro error de interpretación entre lo establecido en la norma y lo plasmado en la sentencia hoy objeto de recurso y proferida dentro del proceso de la referencia y es que la norma no otorga al derecho al reconocimiento y pago por el simple hecho de estar prestando en servicio militar

obligatorio, sino que se requiere que la muerte sea en combate o en una de las circunstancias del mencionado artículo 34.

Como vemos las normas en las que se funda el fallo hoy apelado Decreto 4433 de 2004 y Ley 447 de 1998 no contemplan el pago de una pensión a favor de los familiares del conscripto muerto en misión del servicio, ya que para estos eventos solo es procedente y aplicable la compensación por muerte de qué habla el Decreto 2728 de 1968 y la cual se probó se canceló a favor de la demandante.

Así las cosas, las prestaciones sociales para el personal de soldados o infantes de marina voluntarios se liquidan de conformidad al Decreto No. 2728 del 2 de noviembre de 1968, para los eventos de muerte por acción del enemigo como se presentó en este asunto. Dicho Decreto contempla el ascenso póstumo en los siguientes términos:

'Artículo 8: El soldado o grumete activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento del orden público será ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de cesantías.'

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre el particular al aceptar que el régimen pensional de las Fuerzas Armadas y de Policía es diferente al régimen aplicable a la generalidad de las personas, precisamente, por ser diferentes los sujetos sobre quienes recaen dichas disposiciones, teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios prestados (sentencias C-835 de 2002, C-1032 de 2002, C-101 de 2003 y C-104 de 2003 entre otras).

Por lo anterior, es evidente, que no les asiste el derecho a la demandante y que bajo el mandato Constitucional, el cual es norma de normas, no es procedente reconocer derecho alguno y al ser concedido en primera instancia, generaría un detrimento patrimonial para el Estado, el tener que pagar una pensión de sobreviviente a quien es evidente no dependían económicamente del soldado fallecido"

Asimismo, indicó que no procedía el reconocimiento pensional por virtud de la Ley 100 de 1993, porque esta es inaplicable por falta de material probatorio, respecto del requisito regulado en el artículo 47 relacionado con la dependencia económica, por lo que el patrimonio de la demandante, no existe menoscabo patrimonial concreto y cierto de forma presente ni futura, pues en primer lugar no demostró dependencia económica, no existe pérdida de un ingreso causado por la muerte del hijo frente al que no existe dependencia o subordinación económica, más aun cuando tampoco se probó que el IMAR devengara salario alguno.

Por último, mostró su desacuerdo con la condena en costas impuestas por la primera instancia, pidiendo sea revocada aun en el caso de confirmar las pretensiones de la demanda, exponiendo que no se debe dar una interpretación cerrada al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, sino por el contrario se debe hacer una interpretación armónica de la normatividad

aplicable y es por ello antes de imponer costas se debería estudiar la actitud que haya tenido la parte demandada, la cual ha estado exenta de mala fe o temeridad.

1.7. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA¹.

Cumplidas las ritualidades para la concesión del recurso en la primera instancia, el mismo se admite por el Tribunal Administrativo en auto del 15 de agosto de 2017 y se ordena correr traslado por escrito para alegatos de las partes y concepto del ministerio público en auto del 20 de octubre de 2017, sin pronunciamiento y concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO².

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° 0193 de 15 de marzo de 2011**, proferido por la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional y mediante el cual se le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de su hijo Larry José Torres Peña.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta las posturas de la parte recurrente, se debe establecer, *si es procedente el reconocimiento a la señora EUNICE SOFIA TORRES PEÑA de la pensión de sobrevivientes que afirma le asiste derecho por el fallecimiento de su hijo, el infante de marina (soldado) regular (QEPD).*

De igual forma, se estudiara si hay lugar a revocar la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la parte demandada.

2.2.1. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. Del derecho a la pensión de sobrevivientes reclamado por la señora EUNICE SOFIA TORRES PEÑA en condición de madre del extinto IMAR LARRY JOSE TORRES PEÑA.

- **HECHOS PROBADOS:**

De las pruebas regular y oportunamente incorporadas al proceso se tiene acreditado que:

1 Folios 1-12 cuaderno de segunda instancia.
2 Folios 12-13 cuaderno de primera instancia.

Larry José Torres Peña, que en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía N° 1.102.808.746, ingresó a las filas de las Fuerzas Armadas en calidad de soldado regular (servicio militar obligatorio) como puede verse en la orden administrativa No. 180 de 2005, contentiva en la hoja de vida del IMAR, incorpora por la entidad demandada al proceso. (Folios 156 y siguientes).

Larry José Torres Peña, **falleció el día 25 de diciembre de 2006**, cuando se encontraba aun vinculado con la Armada Nacional esto es, en servicio activo (Fol. 24).

Mediante Orden Administrativa No. 159 del 10 de septiembre de 2007, el Comando de Infantería de Marina, da de baja del servicio activo de la Institución por muerte al IMAR Larry José Torres Peña, perteneciente al tercer contingente de 2005, orgánico del batallón de fusileros de infantería de marina con sede en Corozaal (folios 161).

El I.M. LARRY JOSÉ TORRES PEÑA era hijo de la señora EUNICE SOFÍA TORRES PEÑA (Fol. 25), a quien la ARMADA NACIONAL, reconoció en dicha condición una compensación por muerte.

De conformidad con el Informe Administrativo por Muerte No. 001 de fecha 25 de diciembre de 2006 (folio 149), la muerte del IMAR, fue calificada como **simple actividad** de conformidad con el artículo 8 literal 3 del Decreto 2728 de 1968., afirmando que la muerte se produjo cuando el IMAR se encontraba reportado como evadido del área de operaciones desde el 18 de octubre de 2005 en el ítem desertor presuntamente.

A través de sentencia proferida el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro de la demanda de reparación directa formulada por la actora en contra de la Armada Nacional, reclamando la reparación de perjuicios generados por la muerte del señor LARRY JOSÉ TORRES PEÑA y en la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de la Armada Nacional, se concluyó por esta Corporación que contrario a la afirmado por las fuerzas armadas, **la muerte del IMAR fue producto de un operativo militar llevado a cabo por la patrulla COYOTE 31 al mando de IMP CONTRERAS HERAZO ALBEIRO, adscrita al Componente Armada de la Fuerza de Tarea de Sucre y que no se encontraba evadido del cuartel³, lo cual demuestra que falleció en un acto propio del servicio.**

- **Pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la fuerza pública.**

La pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, es una tipología pensional que lleva inmersa un grado de protección para el beneficiario de la misma, ya que por intermedio de ella se suministra el soporte material

3 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. RADICADO No. 700013331001-2008-00093-01. Sentencia del 28 de noviembre de 2013. M.P. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA. SALA PRIMERA DE DECISIÓN ESCRITURAL. Demandante: EUNICE SOFIA TORRES PEÑA contra la NACION MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL. Folios 33 a 67

necesario para la satisfacción del mínimo vital y para la concreción del derecho fundamental a la dignidad humana, como forma de protección que imposibilite un estado de indefensión y desamparo de la familia.

En el régimen de las fuerzas militares, para quienes cumplen con el deber de prestar el servicio militar obligatorio, la Ley 447 de 1998, estableció una pensión vitalicia, entre otros beneficios, a favor de los parientes de las personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, que en lo pertinente dispuso:

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 (11/2) mínimo mensuales y vigentes.*

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.*

Asimismo, el artículo 5 de dicha Ley, dispone:

ARTICULO 5o. BENEFICIOS. *<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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 <sic> 1o. *Establécese 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 <sic> 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.*

Como se aprecia, Dicha disposición establece, en consecuencia, que a la muerte de una persona que se encuentra prestando el 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 la referida ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse al servicio, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensual vigente.

Dispone la norma, igualmente, que dicho beneficio se aplicará en caso que la muerte de la persona que se encuentra prestando el servicio militar obligatorio ocurra como consecuencia de heridas recibidas en combate o por acción del enemigo. Adicional a ello, la ley preceptúa que la persona beneficiaria de la pensión deberá tener como mínimo cincuenta (50) años de edad al momento de serle reconocida y que de no ser así el acto de reconocimiento se suspenderá hasta que cumpla con dicha condición suspensiva, precisando además que la sustitución pensional sólo podrá darse entre un ascendiente al otro ascendiente o entre los padres adoptantes, no siendo viable que se desplace a otros parientes.

Estas características fueron reiteradas en el artículo 34 del Decreto 4433 de 2007, en los siguientes términos:

*Artículo 34. Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio. A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998*

Ahora bien, los artículos 19 al 22 del Decreto 4433 de 2004, regula la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de Oficiales, Suboficiales o soldados profesionales de las fuerzas militares en servicio activo, sea en combate, en misión de servicio y en simple actividad de la siguiente forma:

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.

Artículo 20. Muerte en misión del servicio. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida 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 y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo del servicio del causante.

Si el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, al momento de la muerte, no hubiere cumplido el tiempo mínimo requerido para asignación de retiro, la pensión será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables.

Parágrafo. El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6° de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004.

Artículo 21. Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida 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 y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.

Parágrafo. El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6° de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004.

Artículo 22. 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 32 del presente decreto”

La reconstrucción normativa devela un trato diferenciado frente a la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de un soldado regular, el cual ha sido tratado tanto por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, como lo evidencia el Juez de Primera Instancia en la sentencia apelada, trato inequitativo que ha sido resuelto aplicando el artículo 4 de la Constitución Política⁴, con el siguiente argumento:

“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 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 1990, 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

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

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 proveía 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 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 4 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”.⁵

• CONCLUSIÓN:

Acorde con las premisas fácticas probadas y los fundamentos jurisprudenciales y legales expresados en acápites anteriores, la Sala considera que a la actora le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada en sede judicial, veamos.

Como quiera que el fallecimiento del IMAR se califica como un acto propio del servicio (operativo militar) en aplicación del precedente citado ut supra,

⁵ Sentencia T -1043 DE 2012. Corte Constitucional. Asimismo, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. EXPEDIENTE No. 050012331000200200672-01. NÚMERO INTERNO: 1020-2010.- Igualmente, sentencia del 30 de octubre de 2008. Sección Segunda Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05) Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Actor: HERNANDO DE JESUS OLARTE Y OTRA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

le asiste derecho a la señora EUNICE SOFIA TORRES PEÑA, al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitado, comulgando esta Sala con la argumentación expuesta por el A quo en la sentencia apelada, misma conclusión que a la que se llega si se considera que el deceso ocurrió en simple actividad.

Ahora bien precisa esta Sala que no es posible, como lo pretende el recurrente traer requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, para la pensión de sobrevivientes, cuando la prestación que se reconoce no se hace con fundamento en el artículo 47 ídem, sino sobre el régimen propio de las fuerzas militares, porque ello viola el principio de inescindibilidad normativa, además de crear requisitos o condiciones que la norma del Decreto 488 de 1997 y el Decreto 4433 de 2004, no establece, razón suficiente para considerar que no era necesario probar en el plenario la dependencia económica alegada por la parte recurrente en su apelación

Sobre el tema de la devolución o descuento de la suma de dinero que se pagó como compensación por muerte a los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública, es pertinente aclarar que no hay lugar a efectuar descuentos de las sumas canceladas a los beneficiarios porque cada una de ellas responde a una naturaleza distinta, esto es, mientras la compensación de 48 meses, tiene un carácter eminentemente indemnizatorio, la pensión de sobrevivientes constituye una respuesta de naturaleza asistencial a las contingencias derivadas de la muerte del beneficiario, respecto a sus beneficiarios⁶.

Así lo ha expresado la Sala Laboral del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo:

"Finalmente, la Sala no comparte la argumentación de la entidad demandada en el recurso de apelación, en cuanto solicita que sobre las mesadas pensionales reconocidas a la demandante le sea descontada la suma efectivamente pagada por concepto de indemnización, causada por la muerte de su cónyuge, toda vez que la pensión que se le reconoce a la demandante no resulta ser una prestación extraña al régimen especial previstos para los Agentes de la Policía Nacional como se observa en el literal c del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990. En efecto, de la lectura del referido artículo resulta claro que el legislador extraordinario estableció a favor de los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional muertos en actividad simple "las siguientes prestaciones": compensación equivalente a dos años de haberes; al pago de cesantías y el reconocimiento y pago de una pensión mensual siempre que se acrediten los requisitos previstos.

Así las cosas, de la disposición en cita no resulta evidente una incompatibilidad en el reconocimiento y pago de las prestaciones referidas lo anterior, adicionalmente, porque cada una de ellas responde a una naturaleza distinta, esto es, mientras la compensación de 2 años, prevista en el literal a, del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, tiene un carácter eminentemente indemnizatorio la pensión de sobreviviente constituye una respuesta de naturaleza asistencial a

⁶ Ver en este punto, sentencia del 15 de diciembre de 2014, Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Descongestión, RADICACIÓN: 70-001-33-31-004-2011-00373-01, M.P. César E. Gómez Cárdenas.

las contingencias derivadas de la muerte del beneficiario, respecto a sus beneficiarios.

Al respecto, esta Sección en sentencia de 17 de mayo de 2012. Rad. 1578-2009. M.P. Alfonso Vargas Rincón, sostuvo:

"(...) En esas condiciones, el hecho de que para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes se acuda a las previsiones del Régimen General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, no es impedimento para reconocer las demás prestaciones que por el deceso del miembro de la Fuerza Pública se causan, pues lo que se está haciendo es reemplazar la pensión del Decreto 1213 de 1990 por la establecida en la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la Sala no encuentra justificada la obligación impuesta de restituir las sumas pagadas por concepto de indemnización por muerte del causante, máxime cuando la indemnización objeto de discusión, fue reconocida mediante un acto administrativo, Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y por ende conserva plena validez."

En ese orden de ideas, para esta Sala tal como lo determinó el A-quo, a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin lugar a devolución o descuento alguno por concepto de lo recibido por compensación por muerte, por lo que se confirmará la providencia.

En punto de la prescripción alegada por la recurrente ha de considerarse que el derecho a la pensión de sobrevivientes es imprescriptible y por tanto puede ser reclamado en cualquier tiempo, más si lo son las mesadas causadas que sobrepasen en este caso, los 4 años, sin embargo como el reconocimiento pensional solo se hace efectivo cuando la actora cumpla 50 años de edad, que acaece en el año 2022, no es posible predicar prescripción de mesadas alguna.

Ahora bien, las prestaciones reguladas por el Decreto 1211 de 1990, contando entre ellas la pensión de sobrevivientes, se les aplica el término de prescripción cuatrienal, contados desde la fecha de exigibilidad del derecho, anotando claro está, que el derecho a la pensión es imprescriptible, por ser un irrenunciable, más no la mesadas pensionales.

II. DE LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA EN CONTRA DE LA DEMANDADA.

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

7 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01384-01(0998-12) Actor: DONELLY CARO ÚSUGA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

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.

Con la ritualidad contenciosa administrativa adoptada en la Ley 1437 de 2011, se abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibidem*⁸, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

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 H. CONSEJO DE ESTADO⁸.

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, concluyó que:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA.*
- b) *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.*
- c) *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*

⁸ Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). 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.

- vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e*
- e) *intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
 - f) *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.*
 - g) *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."*

En tal sentido, estima la Sala no hay lugar a modificar la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia, habida cuenta del régimen objetivo que gobierna su imposición, no siendo necesaria auscultar la conducta procesal de las partes para el efecto, máxime cuando no estamos en presencia de un proceso de análisis de estricto de legalidad en virtud de interés público.

De igual manera, si bien el numeral 5 del artículo 365 del CGP dispone que cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cierto es que ello no implica una imposición o un deber automático, dado que la norma solo prevé la posibilidad para que el Juez, bajo su *arbitrio*, disponga abstenerse de condenar en costas o hacerlo de forma parcial, cuando no prosperen todas las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, la Sala no encuentra ajustado modificar la condena en costas impuesta por el A quo.

CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo – Sucre el 27 de marzo de 2017. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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° 50

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA