



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
TELEFAX 6356688

Yopal Casanare, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013)

Referencia: **Radicación No. 85-001-3333-002-2012-00062-01**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **VIRGINIA GÓMEZ DE VIVIESCAS y VÍCTOR MANUEL VIVIESCAS PINEDA**
Demandados: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**
Asunto: **Pensión de sobrevivientes. Ascenso póstumo de un soldado voluntario. El régimen especial previsto para oficiales y suboficiales es extensivo a soldados. La dependencia económica de los padres respecto del soldado fallecido no es requisito para adquirir el derecho a pensión de sobrevivientes antes de la expedición de la Ley 447 de 1998. El monto de las cesantías y la indemnización no debe descontarse de la pensión de sobrevivientes. Prescripción cuatrienal**

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

I. OBJETO

Procede el Tribunal en sala de decisión, atendiendo las prescripciones de los artículos 125 y 243 del CPACA, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra el fallo proferido por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Yopal en audiencia inicial celebrada el 25 de junio de 2013.

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

En el fallo apelado el juez de instancia decidió:

- Aplicar el principio de la condición más beneficiosa a los demandantes contemplado en el artículo 53 de la Constitución Nacional que para el presente caso es la estatuida en la Ley 100 de 1993 razón por la cual tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca siempre que este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acredite que : a). La muerte fue causada por enfermedad, y si es mayor de 20 años, y que haya cotizado el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento ó b). La muerte fue causada por accidente, si es mayor de 20 años de edad y que haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento y en consecuencia inaplicar para este caso en específico el Decreto 2728 de 1968.
- En atención al artículo 4° de la Constitución Política en concordancia con los artículos 46 y 53 de la misma, inaplicar la exigencia de acreditar la dependencia

económica de los beneficiarios en el caso en concreto teniendo en cuenta que los accionantes son personas de la tercera edad de 79 y 83 años de edad respectivamente y que obviamente no pueden hacer parte del mercado laboral ni cuentan con la capacidad para poder sostenerse de forma digna por sí mismos.

- Ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las mesadas adicionales que se hayan causado en la cuantía que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 con efectos fiscales a partir del 9 de abril de 2009 por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de que trata la Ley 100 y no la cuatrienal por cuanto al acogernos al régimen general se aplica es la trienal, teniendo en cuenta que la primera petición se realizó el 9 de abril de 2012.

- Y no condenar en costas a la parte demandada ya que tenido en cuenta el comportamiento de la parte demandada dentro del proceso no hay mérito para ello.

Para resolver, el a quo:

1.- Tuvo por probados los siguientes hechos:

- a) El señor Miguel Ángel Viviescas Gómez (q.e.p.d.) fue incorporado legalmente en el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a prestar el servicio militar como soldado regular el 19 de septiembre de 1991 y posteriormente como soldado voluntario desde el 1 de abril de 1993 hasta el 30 de abril de 1994 cuando falleció por acción directa del enemigo según el Informe Administrativo por Muerte N° 0034 y Registro Civil de Defunción (fls. 6, 7 y 12 C. 1). Hasta el momento de su muerte, Miguel Ángel Viviescas Gómez había laborado en servicio activo para el Ejército Nacional por el periodo de 2 años, 7 meses y 7 días conforme a Liquidación de Servicios de Soldado N° 254.
- b) El citado ciudadano (q.e.p.d) era soltero y no tenía hijos. La señora Virginia Gómez de Viviescas y el señor Víctor Manuel Viviescas Pineda eran sus padres, de conformidad con Registro Civil de Nacimiento aportado (fl. 11 C. 1).
- c) La Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional efectuó el ascenso póstumo al grado a cabo II de Miguel Ángel Viviescas Gómez mediante Resolución 10394 del 26 de septiembre de 1994 por haber muerto en combate (fl. 8 C. 1).
- d) A través de la Resolución 05305 del 17 de mayo de 1995 se reconoció y ordenó pagar cesantías definitivas dobles y una compensación por muerte equivalente a 48 meses de las prestaciones sociales causadas por el señor Miguel Ángel Viviescas Gómez a sus beneficiarios Virginia Gómez de Viviescas y Víctor Manuel Viviescas Pineda (fls. 9 y 10 C. 1).
- e) Los demandantes Virginia Gómez de Viviescas y Víctor Manuel Viviescas Pineda, a través de apoderado, solicitaron a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional que se les reconociera la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento en combate de su hijo y soldado Miguel Ángel Viviescas Gómez, (fls. 2 y 3 C. 1), petición que se resolvió de forma negativa mediante la Resolución N° OFI12-37193 MDSGDAGPS-22 del 20 de abril de 2012 (fl. 4 C. 1).

2.- Dijo que el objeto de la litis era establecer si efectivamente el acto administrativo contenido en la Resolución OFI12-37193 MDSGDAGPS-22 del 20 de abril de 2012, expedido por la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, se encuentra viciado de nulidad y si por ende es procedente el restablecimiento del derecho solicitado por Virginia Gómez de Viviescas y Víctor Manuel Viviescas Pineda, o si por el contrario el aludido acto enjuiciado se encuentra acorde con la normatividad que regula dicha materia.

3.- Señaló que se está frente a un tema de puro derecho y analizó las pretensiones de la demanda, los argumentos esbozados en su contestación con relación a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 concluyendo que:

3.1.- El Decreto 1211 de 1990, invocado por los demandantes como sustento de sus pretensiones, no aplica para el caso concreto, toda vez que este regula explícitamente al régimen prestacional de los oficiales o suboficiales que se encontraran en servicio activo o que estuvieren en goce de asignación de retiro o pensión al momento de su muerte, condición que no reunía Miguel Ángel Viviescas Gómez, quien ostentaba en ese momento el grado de soldado; otra cosa es que póstumamente se le hubiere ascendido al grado de suboficial que es una situación especial que contempla el Decreto 2728 de 1968.

3.2.- Indicó que la situación fáctica sometida a su consideración no encuadra en lo reglado en el Decreto 2728 de 1968, que es el fundamento principal de la demandada, por lo que en principio se podría decir que la normatividad adoptada por la administración corresponde a lo regulado para tal situación; sin embargo, también debe valorarse lo dispuesto en la Ley 100, teniendo en cuenta la condición de afiliado al sistema general de la seguridad social del fallecido soldado voluntario Miguel Ángel Viviescas Gómez.

Entre el régimen especial y el general existe una diferencia ostensible e injustificada en los requisitos y beneficios para acceder a la prestación, pues mientras el Decreto 2728 contempla exclusivamente el pago de una indemnización y el pago doble de la cesantía sin la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, la Ley 100 de 1993 contiene la pensión de sobrevivientes para aquellos afiliados que cuenten con 26 semanas de cotización previo al fallecimiento, por lo que resulta ser más beneficioso el régimen general.

3.3.- Las excepciones en la aplicación de las normas generales por virtud de normas especiales que gobiernan el caso concreto debe recogerse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados para la generalidad.

3.4.- La finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a un grupo determinado de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la legislación para la generalidad de los trabajadores, lo que significa que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la regla general se impone la aplicación de esta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula más no discriminar, entonces al aplicar un régimen que trae inmerso un trato inequitativo y desfavorable vulneraría el derecho a la igualdad, el cual se traduce en la garantía que impide a los poderes públicos el trato distinto a quienes se encuentran en iguales condiciones.

3.5.- El artículo 288 de la Ley 100 de 1993 desarrolla e imprime en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad al prescribir taxativamente que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la misma que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de dicha ley.

Entonces, no se observaría igualdad y justicia en la existencia de decisiones judiciales que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a cierto grupo de ciudadanos que ostenten en determinados cargos públicos y que al mismo tiempo subsistan providencias judiciales que si conceden dicho beneficio a quienes solo demuestran cotizaciones por 26 semanas al momento del deceso de causante, esto no es lógico ni equitativo desde ningún punto de vista.

3.6.- En la situación del caso concreto, la solicitud de la pensión de sobrevivientes se da con ocasión a la vinculación que tenía al momento de su fallecimiento el señor Viviescas Gómez como soldado voluntario del Ejército Nacional, y que si bien es cierto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 no resultaría aplicable el artículo 46 de la misma ley, conforme con el principio de favorabilidad es factible su aplicación puesto que contiene condiciones más benéficas a la parte actora y en el caso de disponer lo contrario se estaría atentando contra el principio de igualdad, pues en respeto de los regímenes especiales no se puede causar inequidad al reconocer unas personas la pensión de sobrevivientes con tan solo 26 semanas de cotización mientras que a otras se les prive totalmente de dicha prestación social.

3.7.- La reforma de la Ley 100 de 1993 (Ley 797 de 2003) cambió el mínimo de semanas a cotizar en los últimos años anteriores al fallecimiento por los aportes realizados durante la vida laboral del afiliado, protegiendo de esta forma principios esenciales como la seguridad social y la equidad.

3.8.- En cuanto a los requisitos formales que deben cumplir los beneficiarios del hoy fallecido soldado voluntario Viviescas Gómez, destaca que conforme al literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 se debe demostrar la dependencia económica de los padres del causante para hacerse acreedores a dicho beneficio, y que revisado el material probatorio no se puede encontrar siquiera prueba sumaria de dicha situación, aun siendo carga procesal de la parte actora de conformidad al artículo 177 del C.P.C., no obstante, en el presente asunto están de por medio derechos de raigambre constitucional que ostentan protección reforzada como son los derechos al mínimo vital, la dignidad humana y protección a la tercera edad, los cuales no pueden ser desconocidos por una formalidad documental la cual no se considera una condición sine qua non para conceder o no la pensión de sobrevivientes, y apoya sus argumentos en la sentencia C- 111 de 2006 de la Corte Constitucional.

III. LOS RECURSOS

Tanto la parte demandante como la parte demandada presentaron recurso de apelación, los cuales se resumen a continuación:

La **parte demandante** (128 a 133) indicó los argumentos del recurso de alzada en síntesis así:

1.- El juez de instancia no hizo lectura idónea del escrito de la demanda, más exactamente del acápite de declaraciones y condenas, así como del concepto de violación, en los cuales se solicita la aplicación del Decreto 1211 de 1990 artículo 189 literales a, b, y d como fundamento jurídico principal para conceder la pensión de sobrevivientes, ya que hay reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹ que indica que debido al ascenso póstumo de los soldados fallecidos en combate al escalafón de los suboficiales, los convierte en suboficiales, y que esta calidad acredita la cobertura del régimen especial contemplado en el aludido decreto.

2.- En la sentencia de primera instancia se desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado, toda vez que esa Corporación ha manifestado en forma reiterada que cuando los soldados fallecen en combate y son ascendidos en forma póstuma al grado de cabo segundo se les debe reconocer a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y si bien es cierto, el juez puede apartarse del precedente judicial² tiene la obligación de argumentar contundentemente los motivos de su apartamiento, carga que el juez de instancia no cumplió, pues la sentencia apelada carece de argumentación, puesto que no sustenta suficientemente el motivo por el cual se decidió negar la pensión en los términos en que fue solicitada.

3.- El soporte de la demanda es la aplicación del Decreto 1211 de 1990 en razón al ascenso póstumo y no la Ley 100 de 1993, como lo decidió el señor juez de instancia, ya que considera que la aplicación de la misma resulta desfavorable; además, resalta que tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del aludido decreto se contempla una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante; al pago doble de las cesantías por el tiempo servido por el causante; si el suboficial hubiere cumplido 12 años de servicio, al pago de una pensión mensual y si no cumplió dicho término, sus beneficiarios en el orden establecido por ese estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho al pago de una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas, esta última concesión no contempla ninguna exigencia; no obstante, el a quo manifestó que el citado decreto no sería aplicable al caso concreto ya que hace referencia específicamente al régimen de los oficiales y suboficiales que se encontraban en servicio activo o en uso de la asignación de retiro o pensión al momento de la muerte, condición que según el juez no reunía el hoy fallecido Miguel Ángel Viviescas Gómez, sin importar que póstumamente haya sido ascendido a cabo segundo del Ejército Nacional hecho que es considerado como una situación especial que se da concluyendo que no le es aplicable el régimen alegado en la demanda; reitera que el juez desconoce el precedente judicial y no hace un pronunciamiento razonado y profundo de los motivos que lo llevan a apartarse de él.

4.- Advierte que hay una aplicación errónea del fenómeno de la prescripción trienal, ya que se desconoce el Decreto 1211 en su artículo 174, el cual es aplicable al caso en concreto y que contempla la prescripción cuatrienal por lo que la pensión debe concederse desde el día 9 de abril de 2008.

5.- Finalmente, por considerar violatorio el fallo de primera instancia solicita confirmar la sentencia en el reconocimiento pensional, pero modificar el fundamento jurídico haciéndolo de conformidad con el Decreto 1211 de 1990

¹ Cita las sentencias del Consejo de Estado de 1 de abril de 2004 con radicado 0700123310002001161901 (1994-03), actor: Concepción Gómez, demandado: Ejército Nacional, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y de 2 de marzo de 2000 bajo el radicado 1780-98, actor: José Rodríguez Muñoz y Otro, demandado: Fuerza Aérea Colombiana, M.P. Javier Díaz Bueno.

² Corte Constitucional. Sentencia T – 292 de 2006

revocando el sustento en la Ley 100 de 1993, de igual forma modificar también la prescripción trienal para en su lugar conceder la cuatrienal.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fls 134 a 142) sustenta el recurso de apelación interpuesto en los términos que se sintetizan a continuación:

1.- La Corte Constitucional en sentencia C- 111 de 2006 señaló que los padres deben acreditar la dependencia o subordinación económica frente al hijo fallecido como requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes.

2.- De acuerdo con el artículo 46 de la Ley 100 tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado, siempre y cuando el afiliado hubiese cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte; de igual forma, la aludida norma prevé que cuando el causante no tenga hijos ni cónyuge serán llamados los padres siempre y cuando dependan económicamente de él.

3.- El artículo 177 del C. P. C. dispone que incumbe a las partes señalar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, así que las partes están obligadas a aportar las pruebas que sustenten sus pretensiones so pena de que las mismas sean desestimadas.

4.- Disiente del a quo en cuanto a la inaplicación de la exigencia contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo que concierne a la acreditación de la dependencia económica de los beneficiarios del soldado Miguel Ángel Viviescas Gómez, pues simplemente fundamentó su decisión en que los padres del causante son personas de la tercera edad y no tuvo en cuenta que la parte actora incurrió en la omisión de acreditar la dependencia económica total y absoluta de su hijo Miguel Ángel Viviescas Gómez y la misma no puede ser deducida, ni presumida por el hecho de acreditar parentesco, sino que la misma deviene de que el causante les proveía a sus padres lo necesario para satisfacer las necesidades básicas y que a raíz de su ausencia, éstos han quedado desprovistos de los medios económicos para tal efecto, asimismo, resalta que no hay prueba que indique que los actores no están en capacidad de proveerse su sostenimiento debido a la carencia de rentas u otros ingresos y más aún si se tiene en cuenta que desde la fecha que en que murió el aludido soldado y la fecha de la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la entidad demandada transcurrieron 18 años, lo que demuestra que los accionantes no estaban supeditados al ingreso o sueldo que percibía el fallecido a fin lograr su subsistencia, ya que su deceso no implicó una grave alteración a sus condiciones mínimas de sostenimiento, ni generó una situación de desprotección, así como tampoco se probó la condición de hijo único, situación que implica que la colaboración a los padres fuera mayor.

5.- El juzgador de instancia debió dar aplicación a lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en lo atinente a la verificación de dependencia económica en virtud de su calidad de padres y presuntos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y como fundamento de sus argumentos citó las sentencias de la Corte Constitucional C-111 de 2006 y C-336 de 2008 y del Consejo de Estado la dictada el 25 de mayo de 2006 expediente 050012331000-1999-03041-01 M.P. Alberto Arango Mantilla, de las cuales extracta que ser considerado como persona de la tercera edad no implica automáticamente la afectación del mínimo vital y la congrua subsistencia, y para el caso debe tenerse en cuenta que la pensión fue solicitada por primera vez 18 años después del fatal suceso.

Y si bien es cierto que por regla general se tiene que las personas de la tercera edad se encuentran fuera del mercado laboral, tal circunstancia no excluye a este grupo de personas del hecho de que puedan proporcionarse una congrua subsistencia o salvaguardar sus condiciones mínimas de manutención o mínimo vital con dinero proveniente fuentes diferentes al vínculo laboral tales como rentas, frutos o pensiones propias, las que les permitirían atender sus necesidades, así que considera que el a quo debió detenerse analizar la situación particular, teniendo en cuenta la tardanza en solicitar la protección para atender las inminentes necesidades propias de su subsistencia y lograr hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte de su hijo, además la parte actora tampoco logró probar la calidad de hijo único, entonces, conforme a lo anterior señala que otorgarse la pensión en estas circunstancias acarrearía un detrimento patrimonial para el estado, ya que este tendría que pagar una pensión sin causa material contraviniendo lo dispuesto en la constitución.

6.- Y con base en los anteriores argumentos pide se revoque la sentencia de primera instancia y subsidiariamente que se descuenten o deduzcan de la condena los reconocimientos que por concepto de prestaciones sociales efectuó la entidad accionada a título de indemnización por muerte a favor de los accionantes, es decir, la suma de \$10'786.054 reconocida mediante Resolución 05305 de 17 de mayo de 1995 por concepto de cesantías definitivas dobles y una compensación por muerte, ya que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que la indemnización pagada se realizó conforme a lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968, es decir, en aplicación de una norma especial, así que, si la decisión consiste en aplicar el régimen general contenido en la Ley 100 debe entenderse que en virtud del principio de inescindibilidad de la Ley (cita la sentencia del 8 de mayo de 2008 proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del radicado 76001233100020030404501 (1371 – 07)), deberá aplicarse en su integridad una sola legislación en un caso en concreto, tomado de ella tanto lo favorable como lo desfavorable, en aplicación de un solo sistema normativo, por lo cual requiere que las sumas canceladas sean deducidas al momento de liquidar la asignación de sobrevivientes toda vez que se estaría indemnizando dos veces por un mismo hecho lo cual constituye un detrimento patrimonial.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL, PRONUNCIAMIENTO SOBRE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES

Examinada la actuación de primera y segunda instancia se establece que:

- 1.- No existe caducidad puesto que lo que se reclama es una prestación periódica.
- 2.- Se agotó vía gubernativa.
- 3.- Se cumplió con el requisito de someter el asunto al trámite de conciliación previa ante la Procuraduría General de la Nación.
- 4.- No hay objeción sobre presupuestos procesales (competencia³, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma).
- 5.- No se observan irregularidades procedimentales que conlleven a invalidar total o parcialmente lo actuado.

³ Naturaleza del asunto: medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; cuantía al momento de presentación de la demanda: inferior a 50 smmlmv; factor territorial: puesto que cuando falleció el soldado Miguel Ángel Viviescas Gómez estaba prestando el servicio en Casanare; y por el factor funcional puesto que la primera instancia correspondió a uno de los juzgados administrativos de Yopal.

V. HECHOS PROBADOS

Durante la primera instancia no hubo discrepancia sobre la condición de soldado en cabeza de Miguel Ángel Viviescas Gómez; el tiempo que llevaba laborando hasta la fecha de su muerte (2 años, 7 meses y 7 días); la condición de padres del occiso en cabeza de los demandantes; y el pago realizado a raíz de la muerte de Viviesca Gómez a los últimos (cesantías e indemnización).

Esta Corporación, al verificar el material probatorio aportado en forma regular y oportuna al proceso comparte esa conclusión: efectivamente los hechos señalados se encuentran demostrados con prueba documental de carácter público.

VI. PROBLEMAS JURÍDICOS

Del análisis de los recursos interpuestos por las partes demandante y demandada, así como de los alegatos de conclusión en segunda instancia hechos por la parte actora en los cuales básicamente ratificó lo expuesto en el recurso de apelación, con relación a la sentencia de primera instancia, se deduce que los problemas jurídicos a dilucidar en el presente caso son los siguientes:

¿La norma aplicable al caso es la Ley 100 de 1993, el Decreto 1211 de 1990 o ambas?

¿Debe acreditarse la dependencia económica de los padres con respecto al soldado fallecido para tener derecho a la pensión de sobrevivientes?

¿El reconocimiento doble de cesantías definitivas y la compensación por muerte, previstas en el Decreto 2728 de 1968 son incompatibles con la pensión de sobrevivientes contemplada en el Decreto Ley 1211 de 1990?

¿El término de prescripción para las mesadas pensionales es de 4 o de 3 años?

Para resolverlos consideraremos los siguientes aspectos:

1.- El derecho a la pensión de sobrevivientes

Cuando se revisa nuestro ordenamiento jurídico se establece que la Constitución Política en su artículo 48 contempla el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este derecho incluso con anterioridad a la Constitución de 1991 ya venía siendo reconocido por el Decreto Ley 1211 de 1990 respecto de los suboficiales y oficiales, tal como se deduce de las siguientes normas:

“ARTICULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes

correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.

ARTICULO 185. 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 dividir entre los padres así:

-Si el causante es hijo legítimo⁴ 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 proporción⁵.

-Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres⁶.

-Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción⁷.

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

⁴ La expresión señalada con negrilla en este inciso fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No 134 de 1991, Providencia confirmada en por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 1997, la cual declaró exequible el resto del mismo.

⁵ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 1997

⁶ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 1997

⁷ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 1997

-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 corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."

Como se observa, el Decreto 1211 de 1990 es anterior a la Constitución de 1991 y resulta contrario a su artículo 13 porque hace discriminaciones desfavorables respecto de los soldados frente a los suboficiales y oficiales del ejército nacional. Y si ello es así, es necesario incluir dentro de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los soldados en aplicación del artículo 4 del Estatuto Fundamental para garantizar el derecho a la igualdad.

Similar posición adoptó ya el superior funcional⁸ al resolver casos relacionados con el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de soldados voluntarios que fallecieron en servicio de la patria, como pasa a verse:

"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."

En otra sentencia, la misma Corporación⁹ indicó:

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 1 de abril de 2004, Expediente N° 1994-03, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011, Radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09).

“...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 la 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, sólo a partir de la cual, se reivindicaron 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.”

De igual forma, puntualmente, en el caso de un soldado voluntario fallecido el 30 de julio de 1999 estando en cumplimiento de su deber, en fallo del 2 de agosto de 2012 el Consejo de Estado consideró¹⁰:

“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 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 (...)

(...)

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

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “b”. C.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Ref: expediente no. 050012331000200200672 01 (1020-2010)

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.

(...)

en consonancia con el artículo 4¹¹ 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”

De lo expuesto resulta que:

- Acorde con las previsiones de los artículos 4 y 13 de la Constitución Política debe inaplicarse el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto omite 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, aplicar el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 que sí reconoce ese derecho a los suboficiales y oficiales del ejército nacional.
- No obstante que existe una ley general que regula la materia (Ley 100/93), como quiera que hay norma especial para los miembros de la fuerza pública (Decreto Ley 1211 de 1990) debe operar el principio de la especialidad y resolver el caso sometido a consideración y decisión de esta Corporación con base en el último¹².

2.- El segundo problema jurídico planteado es si debe acreditarse la dependencia económica de los padres con respecto al soldado fallecido para tener derecho a la pensión de sobrevivientes

Sobre este punto debemos tener en cuenta lo siguiente:

La demandada invoca la sentencia C-111 de 2006, sobre la cual es pertinente señalar que ella puso fin a la demanda de inexecutable del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

También trae a colación la sentencia C- 336 de 2008 que resolvió la demanda de inexecutable contra los artículos 1° (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Acabamos de concluir que la Ley 100 de 1993, por expresa disposición de su artículo 279, no era aplicable a la situación que nos ocupa, pues dicha norma dispone que “*El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al*

¹¹ “Artículo 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.”

¹² En el mismo sentido, sentencia reiterativa del 17 de octubre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2012-00107-01 (2013-0478); en esta se reseñan otros fallos de la misma línea.

personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...)"

Y ello es apenas obvio porque el régimen aplicable al caso es el establecido en Decreto Ley 1211 de 1990, que es una norma especial para oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y que debe hacerse extensiva a los soldados en virtud del principio de igualdad y supremacía constitucional (Arts. 13 y 4 C.P.).

En consecuencia, ni la Ley 100 de 1993 ni sus modificaciones, ni la jurisprudencia que sobre ellos ha recaído son aplicables al caso, en virtud de los principios de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*) e irretroactividad (*tempus regit actum*), esto es, que las normas se aplican hacia el futuro, o que se aplica la norma vigente al tiempo de los hechos, salvo cuando la ley posterior es más favorable que la ley anterior.

Pues bien, el Decreto Ley 1211 de 1990 no contempla como requisito para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes, la dependencia económica de los padres ni de los demás beneficiarios de ella.

También esgrimió la entidad accionada el fallo del Consejo de Estado del 25 de mayo de 2006 expediente 050012331000-1999-03041-01 M.P. Alberto Arango Mantilla, sobre el cual es pertinente señalar que en pronunciamientos posteriores esa Corporación no ha hecho referencia a la dependencia económica como requisito para adquirir el derecho a pensión de sobrevivientes por parte de los padres, con lo cual debemos deducir que el máximo organismo de la jurisdicción administrativa ha cambiado ese precedente, como lo demuestran las sentencias que atrás se transcribieron parcialmente.

Así las cosas, debemos desestimar el argumento esgrimido por la entidad accionada de que se debe revocar la sentencia por falta de la dependencia económica de los padres respecto del soldado fallecido¹³.

3.- El tercer problema jurídico está relacionado con la presunta incompatibilidad entre el reconocimiento doble de cesantías definitivas y la compensación por muerte previstas en el Decreto 2728 de 1968, respecto de la pensión de sobrevivientes contemplada en el Decreto Ley 1211 de 1990.

El Consejo de Estado¹⁴ ordenó descontar el monto de la indemnización por muerte para el reconocimiento de la pensión y remitió en lo que respecta a su sustentación a otra providencia en la cual se dijo:

*"En estas condiciones el fallo apelado que accedió a las súplicas de la demanda reconociendo a favor de los demandantes la pensión de que trata el Decreto 1211 de 1990, a partir del 7 de diciembre de 1997, será confirmado con la aclaración de que de la suma adeudada deberá descontarse lo pagado por concepto de compensación por muerte pues el daño que cubre tal prestación entraría a ser cubierto con el reconocimiento pensional, máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad, la Ley 447 de 1998, consagra la incompatibilidad entre las dos prestaciones (parágrafo 1, artículo 1)."*¹⁵

¹³ En el mismo sentido, sentencia reiterativa del 17 de octubre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2012-00107-01 (2013-0478); en esta se reseñan otros fallos de la misma línea.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". C.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Ref: expediente no. 050012331000200200672 01 (1020-2010)

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Sentencia del 30 de octubre de 2008, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación Número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05)

Este Tribunal respeta profundamente las decisiones del superior funcional pero para el caso específico no comparte esas apreciaciones por las siguientes razones:

- a) Si un trabajador, llámese particular, trabajador oficial o servidor público fallece, según nuestro ordenamiento tiene derecho al pago de cesantías porque esta es una prestación social que se causa día a día y que debe cancelarse al término del contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria.
- b) Pero si además ese trabajador fallece, sus beneficiarios tienen derecho al pago de la pensión de jubilación.
- c) Para el caso específico de los oficiales y suboficiales, el decreto 1211 de 1990 establece que si un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo (**beneficio extensivo a los soldados por las razones señaladas en precedencia**) muere en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, debe 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:
 - i) 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.
 - ii) Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
 - iii) 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.
 - iv) 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.
- d) Como se observa, el Decreto 1211 de 1990 no señala incompatibilidad alguna entre las prestaciones que se acaban de relacionar.
- e) Es cierto que la Ley 447 de 1998, consagra la incompatibilidad entre las dos prestaciones pero esta norma es posterior al fallecimiento del soldado Miguel A. Viviescas Gómez. En consecuencia, no podemos aplicarle porque incurriríamos en violación del principio de irretroactividad de la ley y del principio constitucionalidad de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Carta Política.

Por ende nos apartamos de los precedentes jurisprudenciales anotados y desestimamos la solicitud hecha por la parte demandada para que se descuenten las cesantías dobles y la indemnización pagada por la muerte de Miguel Ángel Viviescas Gómez a los demandantes con fundamento en el Decreto 2728 de 1968¹⁶.

¹⁶ En el mismo sentido, sentencia reiterativa del 17 de octubre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2012-00107-01 (2013-0478); en esta se reseñan otros fallos de la misma línea.

4.- Término de prescripción de las mesadas

La prescripción en el régimen especial de los miembros de la fuerza pública y la policía nacional ha sido prevista en los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004 de la siguiente forma:

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 disponía que:

“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”.

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece:

“ARTÍCULO 43. PRESCRIPCIÓN. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Esta Corporación se había inclinado por aplicar la prescripción trienal en algunas de sus sentencias; sin embargo este enfoque fue modificado por la Sala Plena en sentencia de 7 de mayo de 2013¹⁷, en los siguientes términos:

“Carga de transparencia - rectificación de línea

Las tensiones interpretativas de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus líneas de juzgamiento, que en principio confluyen a una misma conclusión pese a la disparidad de criterios para llegar a ella, ameritan que la Sala rectifique su posición frente al asunto litigioso, puesto que la solidez argumentativa ofrecida por las Subsecciones A y B, en uno y otro caso, es más favorable al trabajador si se tiene en cuenta que agotados los medios hermenéuticos ordinarios persiste, aunque en forma leve, una antinomia de fuentes o pluralidad de opciones interpretativas con la línea adoptada por esta Corporación, entre las cuales deberá prevalecer la que satisfaga integralmente la protección de derechos sociales.

*Análisis del criterio adoptado por la Sección Segunda “B”. Como quedó advertido, la tesis fundante de la Sección Segunda “B” del Consejo de Estado, reiterativa hasta hoy, no desconoce de tajo la **prescripción trienal** pues condiciona su aplicabilidad a los derechos prestacionales que se **causen** a partir del año 2004. Pero esta novedad legal restrictiva*

¹⁷ Tribunal Administrativo de Casanare. Magistrado ponente Néstor Trujillo González. Radicado 850013333001-2012-00008-01

resulta extraña al asunto de ahora, pues después de expedido el Decreto 4433 de 2004 no podrá seguirse causando reajuste por IPC, concurrente con el principio de oscilación; esto es, habrá otras prestaciones o emolumentos prescriptibles en tres años, pero no el reajuste aquí controvertido.

En efecto: teniendo en cuenta las vicisitudes propias de este litigio, el derecho prestacional que dio origen al problema jurídico en cuestión tuvo ocurrencia **anterior** a la entrada en vigor de la aludida **prescripción trienal**, así como en todos aquellos casos análogos que como el presente han sido debatidos por esta jurisdicción.

La Sala entiende, por ello rememora, que por ser la asignación de retiro una prestación periódica de carácter vitalicio, el derecho a percibirla completa acorde con el ordenamiento jurídico no expira; pueden extinguirse mesadas, únicamente, pues una vez causado se incorpora definitivamente al patrimonio particular y concreto de quien la ha ganado¹⁸.

La secuencia lógica de la tesis aplicada por la Sección Segunda "B" permite inferir que al demandante le asiste el derecho de que al reajuste de su **asignación de retiro**, reconocido en la sentencia de primera instancia, le sea aplicado el régimen de **prescripción cuatrienal** previsto en el art. 174 del Decreto 1211 de 1990, pues el derecho a percibirla completa se causó en los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 por la diferencia porcentual entre el sistema de oscilación aplicado por la entidad demandada y la variación del índice de precios al consumidor (IPC), más favorable, previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a dichas anualidades.

En esos términos, los efectos patrimoniales de la **prescripción cuatrienal** permiten al interesado en este asunto que el reajuste causado se haga efectivo hasta el 11 de septiembre de **2007**, máxime si se tiene en cuenta que por voluntad expresa contenida en la alzada optó por el lapso prescriptivo de cuatro (4) años, entendido así por la Sala para los precisos efectos del art. 41 de la Ley 153 de 1987¹⁹.

Análisis del criterio adoptado por la Sección Segunda "A". La órbita interpretativa planteada por la línea de juzgamiento de la Sección Segunda "A" en este asunto, también permite que los reajustes que se causen a las asignaciones de retiro por variación del IPC se hagan efectivos en el espectro de la **prescripción cuatrienal**, sin dejar de tener presente que los argumentos que en ella confluyen para llegar a esa conclusión, difieren diametralmente de la tesis adoptada por Sección Segunda "A" para resolver el problema jurídico. Para la "B", el acortamiento que introdujo el Decreto 4433 es legítimo; para la "A", quebranta la Constitución por exceso en la potestad reglamentaria.

Acorde con esta posición de la Subsección "A" y con apoyo en el sistema de fuentes, la Sala ha corroborado que el régimen previsto para la **prescripción cuatrienal** goza de mayor jerarquía dentro del rango

¹⁸ TAC, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente 850013331001-2011-00015-01, con ponencia del magistrado N. Trujillo González.

¹⁹ Art. 41 Ley 153 de 1987. "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente...".

piramidal de la normativa que hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, si se compara con el régimen que consagra la **prescripción trienal**.

En efecto: el Decreto 1211 de 1990, que estatuye la **prescripción cuatrienal**, fue expedido por el presidente de la República en uso de precisas facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, circunstancia que eleva dicho decreto a categoría de "**decreto-ley**", "**decreto extraordinario**" o "**decreto con fuerza de ley**", con rango constitucional similar al de las leyes, esto es, al producto legislativo del Congreso.

De igual forma, se ratifica que el Decreto 4433 de 2004, por el cual se implementó la **prescripción trienal**, fue expedido por el Ejecutivo con sujeción a la facultad reglamentaria a que alude la Ley 923 de 2004, cuyo origen lo es directamente la Carta, pero con alcance restringido²⁰.

La jerarquía normativa salta a la vista: no se requiere de mayores elucubraciones para que la Sala acoja el lineamiento jurisprudencial planteado por la Sección Segunda "A", para colegir que en forma alguna el ordenamiento constitucional otorga facultades al Ejecutivo para "arreglar la ley", menos aún para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella.

Conclusión. Corolario de lo expuesto lo será: i) rectificar expresamente la lectura que en ocasión pasada hizo este Tribunal, en la que se aplicó la prescripción trienal a reajustes de asignación de retiro causados antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004; ii) precisar que sin importar en qué fecha se introduzca la petición de alguno de los emolumentos regulados por ese estatuto, la prescripción de los causados antes de su vigencia será de cuatro años; iii) agregar que la voluntad del prescribiente, a que alude el art. 41 de la Ley 153 de 1887, para determinar cuál de los términos de prescripción deberá aplicarse cuando haya tránsito de normas con alguna en curso, ha de ser preferentemente la del trabajador que pretende adquirir, en vez del empleador que intenta liberarse, en virtud de los principios de favorabilidad y pro operario. Y, iv) adoptar como premisa abstracta la de inaplicar el régimen de prescripción que introdujo el Decreto 4433 de 2004, por contrariar la Constitución, acorde con el mandato del art. 4º de la Carta y la línea jurisprudencial de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ya reseñada."

En el presente caso la solicitud de reconocimiento de pensión fue presentada el 9 de abril de 2012 lo que permite inferir que el término de prescripción se interrumpió desde el 9 de abril del 2008. Por ende se modificarán los ordinales tercero y cuarto de la sentencia recurrida.

5.- Costas

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

²⁰ El Consejo de Estado, Pleno de la Sección Segunda, juzgó un aparte de dicho Decreto 4433 en sentencia del 12 de abril de 2012, ponente Alfonso Vargas Rincón, radicados 11001-03-25-000-2006-00016-00(0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00(1074-07). En ese fallo se anuló el parágrafo 2º del artículo 25 por desbordar los límites de la potestad reglamentaria.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la condena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas en consideración a la conducta de las partes, por la concepción de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

Sinembargo, en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) esa concepción absolutista va en contra de varios principios, especialmente el de acceso a la administración de justicia y el de gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala y siguiendo el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta incluso de la acepción “disponer” que utiliza el artículo 188, pues ella significa no la imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino un análisis fáctico jurídico que conlleve a la justicia, que al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare,

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** los ordinales TERCERO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juez Segundo Administrativo de Yopal el 25 de junio de 2013 dentro del medio de control referenciado, por las razones anotadas en la parte considerativa, los cuales quedarán de la siguiente manera:

“TERCERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a reconocer, liquidar y pagar a Virginia Gómez de Viviescas y Víctor Manuel Viviescas Pineda, padres del causante Miguel Ángel Viviescas Gómez, la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo establecido en los artículos 185 y 189 del Decreto 1211 de 1990.

La cuantía de la prestación se determinará de acuerdo con el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, esto es, una suma equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem.

CUARTO: **ORDENAR** actualizar las sumas reconocidas a favor de la parte demandante dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \cdot \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al

consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas”.

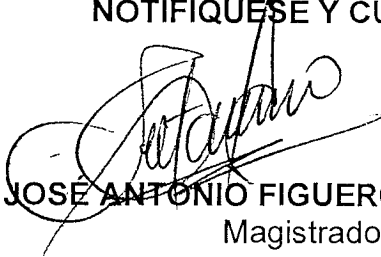
SEGUNDO: DECLARAR la prescripción de las mesadas anteriores al 9 de abril de 2008.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás el fallo recurrido.

CUARTO: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

QUINTO: **ORDENAR** devolver la actuación al Despacho de origen, una vez cumplido lo ordenado en el numeral anterior. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSE ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL²¹
Magistrado

²¹ Ausente con incapacidad