

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMÍ CARREÑO CORPUS

EXPEDIENTE No.: 88-001-33-31-001-2007-00387-01

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARMELINA DE JESÚS ALVAREZ VILLA

DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-FUERZAS MILITARES
DE COLOMBIA- ARMADA NACIONAL

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 28 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de la comunicación No. 00016484 del 29 de noviembre de 2006 a través del cual la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, negó la pensión de sobreviviente a la señora Carmelina Jesús Álvarez Villa.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNASE** a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, a reconocer y pagar a favor de la señora Carmelina de Jesús Álvarez Villa Pensión de Sobreviviente, por el monto equivalente a lo establecido en la norma aplicable para este caso.

TERCERO: Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente”.

1. LA DEMANDA

La señora **CARMELINA DE JESÚS ALVAREZ VILLA**, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, para obtener pronunciamiento sobre las siguientes declaraciones y condenas:

- “Declarar la nulidad total de la comunicación No. 00016484 del 29 de septiembre de 2006, emanada del Ministerio de Defensa Nacional-Fuerzas Militares de Colombia -_Armada Nacional, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a mi mandante, por la muerte de su hijo Norberto de Jesús Posada Álvarez.
- Como consecuencia de la anterior declaración, se disponga el pago de los perjuicios que el acto administrativo ha irrogado a la demandante así:
- Condenar a la entidad demandada al pago de la pensión de sobreviviente, desde el fallecimiento del infante de Marina señor NORBERTO DE JESUS POSADA ALVAREZ, es decir desde el día 6 de febrero de 1989, con las respectivas mesadas comunes y especiales, pasadas y futuras debidamente indexadas.

2. ANTECEDENTES

Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1. Refiere la demandante que su hijo el señor Norberto de Jesús Posada Álvarez, el 1º de agosto de 1988, inició a prestar servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares de Colombia –Armada Nacional, como Infante de Marina, siendo trasladado al Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 1 con sede en San Andrés Islas.
2. Relata que el día 3 de febrero de 1989 su hijo el señor Norberto Posada, sufrió un accidente de tránsito cuando era trasladado por la Armada Nacional de un lugar a otro y de inmediato fue trasladado al Hospital Naval de Cartagena, donde ingresó por urgencias.
3. Afirma que posteriormente su hijo fue remitido al Hospital de San Andrés Islas, pero debido a la gravedad de las lesiones sufridas falleció el 6 de febrero de 1989, fecha en la cual fue dado de baja por el Ministerio de Defensa- Armada Nacional.
4. Asevera que su hijo al momento de su fallecimiento no había contraído nupcias, ni tenía hijos extramatrimoniales, hasta antes de irse a prestar el servicio militar obligatorio, y que era él quien la mantenía.
5. Agrega que en virtud del fallecimiento de su hijo, el Ministerio de Defensa le notificó la Resolución No. 5848 del 9 de agosto de 1989, por medio de la cual le reconoció y pagó una compensación en dinero, compensación ésta que correspondía a 36 meses de indemnización por la muerte de su hijo, negándole explícitamente la pensión de sobreviviente, porque según el Estado el Decreto 2728 de 1968, no lo permite.

6. Señala que en el año 2006, se presentó el agotamiento de la vía gubernativa ante la entidad demandada, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por la muerte en servicio activo, procediendo el ente demandado a expedir la comunicación No. 00016484 del 29 de septiembre de 2006, acto administrativo del cual se le solicita su nulidad total.

3. NORMAS VIOLADAS

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA: artículos 2, 13, 15, 23, 25, 29, 53 y 125
- LEY 4 DE 1913
- LEY 142 DE 1984
- DECRETOS NACIONALES
Decreto 2767 de 1945

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Señala la entidad demandada que el apoderado de la demandante, pretende el reconocimiento de un derecho supuestamente vulnerado; a lo cual indica que “La Ley No es retroactiva” fundamentándose en pronunciamientos de la Corte Constitucional como son las sentencias T-190/93 y T-122-/00, en los cuales la Corte se refiere a la protección de la familia conformada por vínculos jurídicos, no surtiendo dichas sentencias efectos retroactivos para situaciones que fueron resueltas bajo la vigencia de la Constitución de 1886.

Respecto a la legalidad de las normas, señala que el artículo 84 de C.C.A., establece las causales de nulidad de los actos administrativos, los cuales gozan de presunción de legalidad, por tanto la invocación de una nulidad debe ser necesariamente alegada y se hace obligatorio que el accionante compruebe dentro del proceso la nulidad alegada.

En cuanto al decaimiento de los actos administrativos, inicia el apoderado su argumentación realizando unas previsiones de carácter general sobre el tema del decaimiento, para luego referirse específicamente a la comunicación No. 1684 de 29 de septiembre de 2006, a la cual indica que no ha sido anulada ni suspendida por lo tanto se encuentra plenamente vigente.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue presentada ante la Oficina de Coordinación Judicial el día 16 de noviembre de 2007. (fls. 1-8 del cdno. ppal.), mediante auto de fecha 15 de enero de 2008, el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, dispuso admitir la acción. (fls. 38-39 del cdno. ppal.).

Dentro del término legal la entidad demandada presentó contestación de la demanda (folios 45-55)

Mediante auto del 25 de mayo de 2010, se abrió a pruebas el proceso. (fls. 64-65 del cdno. ppal.).

En auto de fecha 5 de octubre de 2011, se cerró el período probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 103 del cdno. ppal.)

La parte demandada dentro del término legal presentó alegatos de conclusión (fls. 104-106)

Mediante sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió a las pretensiones de la demanda. (fls. 131-141 del cdno. de apelación).

Los apoderados de las partes interpusieron oportunamente recurso de apelación en contra del mencionado fallo; no obstante, y ante la inasistencia del apoderado de la entidad demandada a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó un inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, el juzgado de conocimiento procedió a “declarar Fallida la presente diligencia y en su efecto declarar desierto el recurso de apelación presentado por la entidad demandada”.

El recurso de apelación fue concedido mediante auto de fecha 19 de marzo de 2013. (fl. 189, cdno. de apelación).

El Tribunal Contencioso Administrativo, por auto del 9 de abril de 2013, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fls. 193-194 del cdno. de apelación).

Por auto del 29 de abril de 2013, se ordenó correr traslado a las partes con el fin de presentar alegatos de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por el apoderado de la parte demandante. (fls. 197 a 200 del Cdno. de apelación).

El Ministerio Público emitió concepto, el día 6 de junio de 2013 en el cual solicita al Tribunal confirmar la sentencia recurrida, proferida por el Juzgado Administrativo (fls. 202 -209 del cdno de apelación.)

6. LA SENTENCIA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia de 28 de septiembre del 2012, accedió a las pretensiones del demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Establece como problemas jurídicos a resolver (i) determinar si debe o no declarar la nulidad de la comunicación No. 00016484 del 29 de septiembre de 2006, emanada del Ministerio de Defensa- Fuerzas Militares de Colombia- Armada Nacional, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente a la actora por la muerte de su hijo Norberto de Jesús Posada Álvarez y (ii) establecer si la demandante tiene derecho a que se le otorgue la pensión de sobreviviente de conformidad con los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993 o si por el contrario tal prestación no puede ser reconocida por que el causante estaba gobernado por el régimen especial de las Fuerzas Militares.

Refiere que en casos similares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan el caso en concreto debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

Señala que los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado al comparar el régimen de seguridad social con el régimen pensional de las Fuerzas Militares ha concluido que el sistema general es más beneficioso que el especial; por lo cual considera que el causante se le debe aplicar el régimen general de seguridad consagrado en la Ley 100 de 1993 y por tanto, conforme al material probatorio la actora está legitimada para acceder a la pensión de sobreviviente del IMAR Posada Álvarez.

7. EL RECURSO DE APELACIÓN

Al impugnar la decisión de primera instancia, el apoderado judicial dela demandante, argumentó su inconformidad respecto a los siguientes aspectos:

- **Liquidación de la mesada:** manifiesta que comparte los argumentos del juez de instancia respecto del reconocimiento del derecho pensional, solicita pronunciamiento respecto a la liquidación que deberá hacerse de las mesadas pensionales comunes y especiales, las cuales fueron reconocidas desde el momento mismo del fallecimiento del hijo de la demandante.
- **Intereses moratorios:** refiere que si bien fue reconocido el derecho pensional impetrado, nada se dijo respecto al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reitera los argumentos expuesto en la sustentación del recurso.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público al emitir su concepto, previo recuento de los antecedentes, manifiesta que la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, por ende es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio.

Agrega que en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Considera que sin lugar a dudas, la parte demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente contemplada en el régimen general, por ende, debe decretarse esta en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad.

Finaliza conceptuando que se debe confirmar la sentencia apelada al observar que acudiendo al principio de favorabilidad es viable reconocer a favor de la actora la pensión de sobreviviente contemplada en la Ley 100 de 1993, normas que resultan de aplicación preferente respecto a las previstas en el Decreto 2728 de 1968.

10. CONSIDERACIONES

10.1. Cuestión Preliminar

En discusión del proyecto el H. Magistrado Dr. Jesús Guillermo Guerrero González, manifestó declararse impedido por estar incurso en la causal del numeral 2º del artículo 150 del C.P.C., en razón de haber conocido del proceso en instancia anterior. En consecuencia, la Sala acoge el impedimento manifestado y por tanto la Sala de Decisión será dual, no siendo necesario nombrar conjuez por quedar la mayoría decisoria, conforme a la norma.

10.2. Competencia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago en virtud de lo establecido en el numeral 1º del Art. 133 del C.C.A.

10.3. Problema Jurídico

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante pretende que esta Corporación resuelva el siguiente problema jurídico: (i) Por una parte se debe determinar la liquidación respectiva de las mesadas comunes y especiales señalando los incrementos que deben hacerse cada año y de igual forma al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, lo que observa la Sala es un problema sumamente complejo, que enfrenta los principios de *No reformatio in pejus* - por cuanto se trata de apelante único -, el principio de seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de la ley.

De manera que la Corporación deberá efectuar el análisis del asunto planteado a la luz de estos cardinales principios de nuestro Estado de Derecho.

10.4. De lo probado en el proceso.

A folio 18 del plenario obra copia auténtica del registro civil de defunción, en el cual consta que Norberto de Jesús Posada Álvarez, nació el 23 de agosto de 1967, en el municipio de Bello (Antioquia) y falleció el 06 de febrero 1989, siendo sus padres Eliseo Antonio Posada Tabares y Carmelina de Jesús Álvarez de Posada

Según certificado individual de defunción (fl. 25) expedido el 6 de febrero de 1989 y certificado visto a folio 17 del expediente, suscrito por el jefe de Departamento de Referencia y Contrareferencia y Bioestadística del Hospital Naval de Cartagena, el señor Norberto de Jesús Posada Álvarez, murió por laceración masa encefálica, politraumatismo craneoencefálico, producto de accidente de tránsito.

De igual forma, se observa a folio 124 del plenario certificación expedida por el Director de Reclutamiento y Control Reserva Naval, en el cual consta que el señor Norberto de Jesús Posada Álvarez, perteneció a la Armada Nacional en el grado de Infante de Marina, que prestó servicio a dicha institución como Infante de Marina Regular desde el 24 de octubre de 1988, de acuerdo con la Resolución Comando Armada No. 038/88 hasta el 06 de febrero 1989, fecha en la cual fue dado de baja por defunción de acuerdo a la Resolución Comando Armada No. 155/89.

A través de la Resolución No. 8448 del 9 de agosto de 1989, el Secretario General del Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de una compensación por muerte a favor de los señores Eliseo Antonio Posada Tabares y Carmelina de Jesús Álvarez de Posada, en su condición de padres del Infante de Marina Norberto de Jesús Posada Álvarez, equivalente a 36 meses de sueldo básico, correspondiente a un millón trescientos setenta y ocho mil ochocientos pesos (\$1.378.800.00) (fls.8-9).

Por medio del oficio No. 00016484 del 29 de septiembre de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de la Coordinadora de Grupo de Prestaciones Sociales, se da respuesta a un derecho de petición radicado por la demandante, en el cual solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente (fl.10). En la respuesta se señala que “ En cuanto a su solicitud de Pensión de

Sobreviviente, es pertinente manifestar que no es procedente acceder favorablemente a su solicitud, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 norma vigente para la fecha en la que se produjo el deceso del Infante de Marina, contempla expresamente en su artículo 8º **“A la muerte de un soldado o grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponderá a un Cabo Segundo o Marinero”...**”

10.5. Análisis de la Sala

Ya anticipó la Sala que el problema jurídico a resolver no se encuentra limitado a lo expuesto por el apelante, sino que claramente debe resolverse lo relacionado con la colisión de los principios de la no reforma en perjuicio, la seguridad jurídica y el principio de la irretroactividad de la ley.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corporación lo abordará de la siguiente manera: (i) La competencia del Ad Quem en la apelación. (ii) Alcance del principio prohibitivo de la reforma en perjuicio. (iii) El principio de la seguridad jurídica y la ponderación de estos principios de estirpe constitucional.

10.5.1. Sobre la competencia del Ad Quem en la apelación:

Debe señalarse en primer lugar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable en lo contencioso administrativo en virtud de lo establecido en el artículo 267 del C.C.A., la Corporación, como juez de segundo grado, debe tener en cuenta que el contorno de su competencia está circunscrito al ámbito de la apelación presentada. En tratándose de apelante único, el recurso se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, lo cual significa fundamentalmente que el ad quem no puede hacer más gravosa su situación.

Esta previsión desarrolla la garantía establecida en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Política, que ordena que *“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

Así las cosas, la competencia de esta Corporación se limita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que se constituye en la materia de la apelación, en la cual expresa su inconformidad con la decisión.

En efecto, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece la competencia del superior, determinando la prohibición de la *reforma en perjuicio*. Así reza la norma citada:

ARTÍCULO 357. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 175. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)

En el caso que nos ocupa, el recurso de apelación de la entidad demandada fue declarado desierto, de modo que se trata de apelante único, a quien en primera instancia le fueron acogidas las pretensiones para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en favor de la demandante; y que pretende, con la interposición del recurso que se defina lo relacionado con las mesadas comunes y especiales, señalando los incrementos que deben hacerse cada año y su valor respectivo y que se defina el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De manera que, en principio, este es el ámbito de la competencia del Tribunal para resolver el recurso interpuesto.

No obstante, observa la Sala que el juzgado de conocimiento acogió las pretensiones aplicando de manera equivocada, en nuestra consideración, el principio de favorabilidad y contrariando la regla general conforme a la cual, la ley produce efectos hacia el futuro y sólo de manera excepcional se puede aplicar a situaciones pretéritas..

Ello por cuanto, como se desprende de manera elocuente del expediente, el pago de la pensión de sobrevivientes se concede en consideración a que la demandante acreditó ser la madre del Infante de Marina Norberto de Jesús Posada Álvarez, quien resultó lesionado en un accidente de tránsito ocurrido el 03 de febrero de 1989, cuando era trasladado por la Armada Nacional. La gravedad de las lesiones sufridas dio como consecuencia la muerte del IM Norberto de Jesús Posada Álvarez, el día 06 de febrero de 1989, por haber sufrido laceración masa encefálica y politraumatismo craneoencefálico.

Debido a lo anterior, y de conformidad con lo que establecía el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, fue cancelada a favor de la demandante en este proceso - madre del Infante de Marina fallecido -, la compensación por muerte equivalente a 36 meses de sueldo básico que percibía un Cabo Segundo para la época de su deceso.

El Ministerio de Defensa Nacional reconoció y canceló la compensación establecida en el Decreto 2728 de 1968 - por muerte del Infante de Marina -, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es el año 1989.

Así las cosas, en consideración de esta Corporación, no tenían vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda, por cuanto estas se sustentan en la aplicación de normas que no habían sido expedidas para la fecha de los sucesos, en un entendimiento equivocado del principio de favorabilidad.

Esta circunstancia nos sitúa en el siguiente punto para la resolución de los problemas jurídicos planteados, es decir, el relacionado con los límites del principio prohibitivo de la reforma en perjuicio.

10.5.2. Alcance del principio prohibitivo de la reforma en perjuicio.

Sobre la prohibición de la reforma peyorativa, la Corte Constitucional¹ se ha pronunciado en el siguiente sentido, en reiterada jurisprudencia:

“5. Alcance del principio de la prohibición de la reformatio in pejus. Reiteración de jurisprudencia.

Consagra el canon 31 Superior el principio de la doble instancia así: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Como se observa, el segundo inciso de la norma en cita, constitucionalizó, a su vez, el postulado del rechazo a la reformatio in pejus, esto es, la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único.

Es preciso entonces determinar la naturaleza, protección y el espíritu de dicho postulado, no sin antes advertir que éste supone la realización del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, como que la competencia del superior frente a una apelación solitaria se halla limitada para revisar lo desfavorable.

Pues bien, la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-291/06 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales.

La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore.

Por lo demás, este principio, se encuentra íntimamente ligado con las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir.

En relación con el principio de interdicción de la reformatio in pejus, el Consejo de Estado² ha manifestado:

“La Sala advierte que una de las limitaciones que tiene el Juez de la apelación a efectos de proferir fallo por medio del cual decide el recurso propuesto, lo constituye la garantía del principio de la no reformatio in pejus, principio según el cual se garantiza que el juez ad quem no agravará o desmejorará la situación definida en primera instancia a quien es considerado apelante único.”

Respecto del alcance de la *no reformatio in pejus*, el Consejo de Estado³ también se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Sobre el alcance de la garantía constitucional de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

“En efecto, la no reformatio in pejus , o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos⁴:

“Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’ (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**” (Se resalta y subraya)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 18718 de enero 26 de 2011. M.P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. No. 18072. 28 de abril de 2010. M.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

“La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio”⁵.

De conformidad con todo lo expuesto, el principio que prohíbe la reforma en perjuicio es de rango constitucional y se constituye en derecho fundamental a favor del apelante único, por lo que para esta Corporación se constituye en una limitación constitucional que impide modificar para empeorar, la situación del apelante en la decisión que sobre el recurso vertical impetrado se resuelve.

10.5.3. El principio de la seguridad jurídica y la ponderación de estos principios de estirpe constitucional.

El otro tema que es de suma relevancia en el asunto que nos ocupa, está relacionado con la seguridad jurídica. Al respecto, la Corte Constitucional⁶ nos enseña lo siguiente:

Seguridad jurídica.

3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta^{[11](#)}.

La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no -existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de julio de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700), Actor: Unión Temporal INCONAL S.A. y sentencia de 10 de agosto 10 de 2000, radicación No. 12648, entre otras

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2002. Expediente T-554767. M.P. Dr. Eduardo Montealegre L.

momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado^[2].

El principio de seguridad jurídica, que es caro al Estado de derecho, no puede explicarse de manera atemporal. La certeza únicamente puede entenderse respecto de un momento histórico. Unicamente en dicho momento puede una persona tener seguridad sobre las normas que regulan una situación jurídica determinada. La vinculación entre certeza y el tiempo supone la necesidad de delimitar dicho tiempo. La pretensión de una seguridad jurídica sin límite en el tiempo únicamente es posible bajo posturas iusnaturalistas, del todo ajenas a la labor del legislador como productor principal de normas jurídicas. La temporalidad se torna decisivo en entornos cambiantes, como el que caracteriza los sistemas jurídicos contemporáneos. Por lo tanto, dicha postura viola el derecho a la consolidación de las normas jurídicas aplicables y, en últimas, al debido proceso.

La seguridad jurídica también es, a no dudarlo, un valor total a un Estado constitucional, y fundamentalmente supone una garantía de certeza en un momento determinado, garantía que en criterio de esta Corporación fue desatendido por el A quo; ya que sin pretender desconocer la autonomía que le asiste como operador judicial, no es menos cierto que en el asunto sometido a su consideración, el juez de primera instancia erró en el entendimiento de la sentencia C – 434/2003, al indicar que esta resolvió sobre la exequibilidad del Decreto 2728 de 1968, cuando ciertamente esta sentencia de la Corte Constitucional⁷, resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, parcial, de la Ley 447 de 1998.

Veamos: la Ley 447 de 1998⁸ estableció pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones. En el artículo primero, reza:

:

ARTICULO 10. 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 10. Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos casos de pensiones.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C. 434 de 2003. Exp. D-4417 de mayo 27 de 2003. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Publicada en el Diario Oficial No. 43.345 del 23 de julio de 1998

PARAGRAFO 20. 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.

El aparte subrayado en el artículo 1º, es decir, la expresión A partir de la vigencia de la presente ley, fue demandada alegando fundamentalmente que la disposición vulnera los derechos a la igualdad y a la seguridad social pues la pensión consagrada en la Ley, con ocasión de la muerte de una persona vinculada a las Fuerzas Armadas y de Policía por razón del servicio militar obligatorio, sólo se reconoce por decesos ocurridos después de la vigencia de la ley.

Sobre esta demanda, la Corte Constitucional se pronunció, en primer lugar respecto de la presunta vulneración del derecho a la igualdad, así:

“Los actores afirman que la aplicación de la Ley 447 de 1998 a los hechos ocurridos a partir de su promulgación vulnera el artículo 13 Superior pues genera un tratamiento discriminatorio al excluir de la prestación económica en él consagrada a los beneficiarios de las personas que murieron, en las condiciones en ella indicadas, antes de su vigencia.

Para la Corte, **esta percepción es equivocada pues antes de la promulgación de esa ley, y aún antes de la expedición de la Carta Política de 1991, existía un régimen jurídico que consagraba una indemnización para los beneficiarios** de las personas vinculadas a las Fuerzas Armadas y de Policía por razón constitucional y legal del servicio militar obligatorio y que fallecían en combate o como consecuencia de la acción del enemigo. Tal régimen se encontraba consagrado en el artículo 8º del Decreto 2768 de 1968 (...)

(...)

Como puede advertirse, entonces, **se trata de dos regímenes diferentes**. El anteriormente vigente consagraba una indemnización a los beneficiarios de los soldados y grumetes que fallecían a causa de las heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto armado internacional o en mantenimiento del orden público. El régimen actual, en cambio, no consagra una indemnización sino una pensión a favor de tales beneficiarios.

Luego, no puede afirmarse que el aparte demandado del artículo 1º de la Ley 447 de 1998 lesione los derechos de los beneficiarios de quienes por razón de la prestación del servicio militar obligatorio fallecieron antes del 23 de julio de 1998 pues a ellos también se les reconocían derechos económicos, aunque en condiciones diferentes. Cosa distinta es que el legislador haya

reconsiderado el régimen inicialmente consagrado y que frente a unos nuevos condicionamientos haya estimado insuficiente la indemnización en él consagrada.

De lo expuesto se infiere que no es cierta la supuesta vulneración del derecho fundamental de igualdad. Simplemente se está ante supuestos fácticos ocurridos en tiempos diferentes y sometidos a regímenes jurídicos también distintos. **Y es claro que cada uno de esos supuestos debía y debe regirse por el régimen jurídico vigente y aplicable al tiempo de su ocurrencia.** {(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Este es justamente el entendimiento que extraña esta Corporación que no se haya aplicado por el juzgado de conocimiento, ya que de haber dado aplicación a la norma especial para las Fuerzas Militares, hubiera llegado a la Ley 447 de 1998, y en consecuencia, advertiría la total improcedencia de la pensión deprecada en atención a lo resuelto por la Corte Constitucional, según los apartes de la sentencia C-434 de 2003, ya transcritos.

La Corte también se refirió a uno de los argumentos de los demandantes, en cuanto que la no aplicación de la pensión por muerte que consagra la Ley 447 de 1998, a hechos ocurridos antes de su vigencia vulnera el principio de favorabilidad que debe imperar en materia laboral, de la siguiente manera:

"Para la Corte, este argumento también es equivocado. No se discute que el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley laboral es un mandato constitucional y que él configura un verdadero derecho en el ámbito de las relaciones de trabajo. No obstante, a tal principio no debe dársele un alcance que no tiene de tal manera que bajo su amparo se permita que la ley laboral se aplique a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia.

Según el artículo 53 Superior, constituye un principio mínimo fundamental del estatuto del trabajo, la "*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*" y de acuerdo con el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, "*En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad*".

Nótese cómo según el constituyente el principio de favorabilidad en las normas de trabajo procede "*en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*". De acuerdo con ello, si no hay ninguna duda en la aplicación e interpretación del derecho, tal postulado hermenéutico fundamental no procede. Y también el legislador ha precisado con claridad el alcance del principio al supeditar su aplicación a los casos de "*duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo*", con lo que es evidente que tal postulado no se aplica en relación con normas que no están vigentes para los supuestos fácticos de que se trate.

De tal manera que el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley laboral opera cuando se está ante dos normas jurídicas aplicables a un mismo supuesto fáctico o cuando una misma norma es susceptible de dos interpretaciones. En ese tipo de eventos, el juez tiene el deber ineludible de optar por la norma o por la interpretación que favorezca al trabajador. Como reiteradamente lo ha precisado la jurisprudencia constitucional y laboral ordinario, ese es el sentido lógico del principio.

Si así son las cosas, el citado principio no puede desnaturalizarse para invocar su aplicación en eventos en los cuales no existe ninguna duda en torno a las reglas de derecho aplicables, que es lo que aquí sucede. Si el legislador ha dispuesto que la pensión por muerte consagrada en la Ley 447 de 1998 sólo se aplica a hechos ocurridos a partir de la entrada en vigencia de esa ley y si a partir de entonces derogó el régimen legal hasta entonces vigente, la situación es clara y no concurre duda alguna que se haya de resolver con invocación del principio de favorabilidad: **Los hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 447 se regulan por el régimen anterior y los hechos ocurridos a partir de su vigencia se regulan por ella.**(Negrillas y subrayas fuera de texto)

La Corte Constitucional resumió de la siguiente manera las razones para declarar exequible la norma demandada:

"8. En suma, la no aplicación de la Ley 447 de 1998 a los hechos ocurridos antes de su promulgación no vulnera el artículo 13 Superior pues es consistente con la existencia de un régimen legal previo que, en el supuesto planteado en la nueva norma, reconocía un derecho económico a los beneficiarios aunque en condiciones diferentes; el legislador al regular la vigencia de esa ley ejerció una competencia propia que hace parte de las prerrogativas que le otorga la cláusula general de configuración normativa que le asiste por virtud del artículo 150 de la Carta y, finalmente, el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley laboral opera cuando se está ante dos normas jurídicas aplicables a un mismo supuesto fáctico o cuando una misma norma es susceptible de dos interpretaciones pero no cuando no existe duda alguna en torno a la norma jurídica aplicable. Por estos motivos se declarará exequible, en lo demandado, el artículo 1º de la Ley 447 de 1998."

Idénticas consideraciones a las expuestas por la Corte Constitucional eran las pertinentes para no acoger las pretensiones de la demanda, lo cual, no obstante la claridad fueron pasadas por alto por el A quo para declarar la nulidad de la comunicación No. 00016484 del 29 de septiembre de 2006 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente a favor de la Sra. Carmelina de Jesús Álvarez por la muerte de su hijo Norberto de Jesús Posada Álvarez, quien prestaba el servicio militar obligatorio como Infante de Marina.

Con fundamento en todo lo anterior, esta Corporación debe manifestar que se aparta total y absolutamente de la sentencia del A quo, tanto de las consideraciones como de la sentencia proferida. Más el fallo en cuestión no puede ser afectado en este trámite por carecer de competencia el Tribunal, por tratarse de apelante único en aras de garantizar el principio de la *no reformatio in pejus*, ya que *“Si el juez de segundo grado adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado y sólo para revisar la providencia en los aspectos en que pueda serle desfavorable (tal como se desprende del precepto constitucional) no puede so pretexto de que ha encontrado alguna irregularidad en el proceso o en la sentencia, cuya enmienda conduce a un empeoramiento de la situación del apelante, declararla si tal empeoramiento fatalmente habrá de producirse. Y aún más, agrega la Corte Constitucional: “Aducir que la nulidad se justifica por haberse violado el principio de la legalidad de la pena es un argumento inaceptable. Porque la pena impuesta no es gratuita ni caprichosa, ni ha sido creación arbitraria del juez. Simplemente el juez de primera instancia ha basado su decisión en una norma distinta a la que juzga pertinente el ad quem y, por ende, a juicio de éste ha cometido un error. Pero resulta que los recursos son mecanismos tendentes a eliminar errores, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar. Es decir, para cuya enmienda tenga competencia. Y en un caso como el subjúdice tal funcionario tiene su competencia expresamente limitada por la norma constitucional. Si el a quo incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el ad quem mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.”⁹*

Basados en las necesarias precisiones precedentes, esta Corporación se limitará, conforme al ámbito de la competencia que le viene dado por la apelación interpuesta por el apoderado de la demandante, a revisar los dos puntos que motivaron la alzada, a saber:

- (i) La liquidación de las mesadas pensionales: con el objeto que *“...el superior se pronuncie respecto a la liquidación que deba hacerse de las mesadas pensionales comunes y especiales, las cuales se entienden según la sentencia fueron reconocidas desde el momento en el que falleció el hijo de mi poderdante.”*

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU – 327/1995 de julio 27 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

-
- (ii) Los intereses moratorios: ya que en consideración del apelante “... no se dijo nada respecto al reconocimiento y pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

(....) Es procedente la condena a intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, puesto que su viabilidad no está sujeta a condiciones distintas al incumplimiento de la obligación...”

En relación con las mesadas comunes y especiales, de conformidad con la Ley 100 de 1993, el A quo es claro en indicar que estas se pagarán íntegramente de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, y contrario a lo entendido por el apoderado, estas se cancelarán a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. En el criterio de esta Corporación no podría ser de otra manera, ya si se da aplicación a la Ley 100 de 1993 para el caso que nos ocupa, como en efecto lo hizo el A quo, esta aplicación deberá hacerse a partir de la vigencia de la misma.

Respecto de la cuantía, en que debe reconocerse la prestación, debe darse aplicación al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo [35](#) de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”.

De acuerdo con lo anterior, la cuantía de la prestación debe liquidarse en el 45% del ingreso base de liquidación, debido a que el Infante de Marina Norberto de Jesús Posada Álvarez, solo alcanzó a cotizar 27 semanas. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior

al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con los mandatos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993¹⁰.

Respecto del pago de intereses moratorios, debemos remitirnos al contenido de la norma que dispone el pago de éstos, artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así:

" ...

"Artículo 141. Intereses de Mora. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles mediante la sentencia C-601 de 2000, en la cual se expresó:

"Visto lo anterior, para la Corporación es evidente, que la finalidad de la disposición cuestionada apunta a proteger a los pensionados, teniendo en cuenta que, generalmente, se trata de personas de la tercera edad, cuya fuente de ingresos más importante, la constituye su pensión; luego, llegado el evento de la mora en el pago de sus mesadas pensionales, es justo y equitativo, como lo dispuso el legislador, que las entidades de seguridad social, que incurran en mora o se retrasen en el pago de las mismas, reparen los perjuicios que ocasionen o generen a esas personas por causa de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda."

Para determinar si hay lugar o no al pago de los intereses moratorios solicitados por la parte demandante, y teniendo en consideración lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia y los más elementales principios de la lógica, se requiere que quien deprecia tal reconocimiento demuestre haber adelantado los trámites ante la entidad demandada acreditando los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión.

En el caso que nos ocupa, se constata que luego de ocurrida la muerte del Infante de Marina Norberto de Jesús Posada A., y de reconocida y pagada la indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, no se llevaron

¹⁰"ARTÍCULO 35. PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente(...).".

a cabo gestiones para el reconocimiento de pensión alguna con base en la Ley 100 de 1993; y en efecto, no podía haber sido así por cuanto sólo después de que esta norma fue expedida y entró en vigencia podía pretenderse su aplicación.

Ahora bien, sólo hasta el año 2006 (sin que tenga certeza de la fecha exacta, por cuanto no se encuentra prueba alguna en el expediente) la Sra. Carmelina Álvarez Villa, solicitó mediante apoderado el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, la cual le fue negada por el Ministerio de Defensa Nacional. Siendo claro que el reconocimiento de la pensión solicitada por la Sra. Carmelina Álvarez sólo se ha logrado mediante sentencia judicial, que a la fecha no se encuentra ejecutoriada, mal podría esta Corporación ordenar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien es cierto que el pago de los intereses moratorios no tiene carácter sancionatorio o indemnizatorio, no es menos cierto que el caso que nos ocupa es *sui generis*, por cuanto se alega la aplicación de una disposición con criterio retroactivo.

Más para abundar en razones, considera necesario esta Corporación recordar que es obligación del Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual implica tener en cuenta la limitación de recursos para ese propósito. Así lo explica la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 1073 del 12 de diciembre de 2012:

“Adicionalmente, el artículo 48 de la Constitución Política (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005) consagra la obligación del Estado de garantizar los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, y asumir el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

Según la Exposición de Motivos de la reforma constitucional del artículo 48 de la C.P, su finalidad consistió en procurar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, con miras a asegurar su efectividad y eficiencia. En este sentido, el acto legislativo conservó los principios de universalidad, progresividad, eficiencia y solidaridad, e introdujo los criterios de equidad y sostenibilidad financiera del sistema.

En este orden de ideas, es el principio de eficiencia,^[92] el sustento para que se tenga como criterio orientador la **sostenibilidad financiera** autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.

Conforme a tal criterio, las decisiones que afecten el sistema pensional se adoptan teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados que se distribuyen de acuerdo con las necesidades de la población, propendiendo por lograr su suficiencia, con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho.”

Sean estas, razones más que suficientes para no acceder a la pretensión del pago del pago de los intereses moratorios solicitados.

PRESCRIPCIÓN OFICIOSA DEL PAGO DE MESADAS PENSIONALES

No obstante, que la entidad demandada en la contestación de la demanda no hubiese alegado la excepción de prescripción del pago de mesadas pensionales, por vía legal, el juez Contencioso se encuentra facultado para declarar de oficio esta excepción, con fundamento en lo establecido en el artículo 164 del C.C.A., el cual consagra lo siguiente:

ARTICULO 164. EXCEPCIONES DE FONDO.En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.
Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

Conforme a la norma citada, el Juez está en la obligación de declarar las excepciones propuestas tanto como aquellas que se encuentren probadas dentro del plenario. Al respecto el H. Consejo de Estado ha sostenido:

“En efecto, no es de recibo el argumento de la parte demandante de que no debió aplicarse la prescripción porque en el proceso no lo solicitó la parte demandada pues esta figura opera ipso iure, por ministerio de la ley, de manera que no es del caso alegarla, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A., en la sentencia definitiva debe el juez administrativo decidir sobre “*las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada*”, y, por tratarse de una norma especial para esta jurisdicción, prima sobre las reglas generales aludidas por el recurrente”¹¹. (Subrayas de la Sala).

En este orden de ideas, se tiene que la muerte del hijo de la actora sucedió el 6 de febrero de 1989, la solicitud de pensión de sobreviviente fue presentada en el año 2006, sin que se tenga certeza de la fecha por no aparecer acreditado en el expediente, por lo cual se declarará probada la prescripción trienal de los pagos de las mesadas pensionales anteriores al 1º de enero de 2006.

¹¹ Consejo de Estado Sala de los Contencioso Administrativo, Subsección “B”, sentencia del 20 de enero de 2011 Ra. No. 54001-23-31-000-2005-01044-01(1135-10); Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Conforme lo dicho en precedencia, se hace necesario confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de fecha 28 de septiembre de 2012, con las precisiones efectuadas en el sentido de negar la pretensión del pago de intereses moratorios, sobre la cual no hubo pronunciamiento del A quo y determinar el monto de las mesadas, que en todo caso no podrá ser inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: ACÉPTESE el impedimento manifestado por el Magistrado Dr. JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: CONFÍRMASE la sentencia del 28 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, **aclarando** que la cuantía de la prestación reconocida corresponde al 45% del ingreso base de liquidación del causante, la cual, en ningún caso, podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, en concordancia con lo previsto por los artículos 35 y 48 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGUESE la pretensión de pago de intereses moratorios.

CUARTO: DECLÁRASE la excepción de prescripción trienal respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1º de enero de 2006.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha.

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

Magistrada

(IMPEDIDO)

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Magistrado

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

Magistrado