



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

Yopal Casanare, catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013)

Referencia:	Radicación No. 85-001-3333-001-2012-00111-01
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MIRIAN RIASCOS RIASCOS
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 la parte demandada contra el fallo proferido por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Yopal en audiencia inicial celebrada el 18 de junio de 2013.

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

El a quo declaró la nulidad de la Resolución 5607 del 9 de agosto de 2012, a través de la cual se le negó a la señora **MIRIAN RIASCOS RIASCOS** el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su hijo Harold Mosquera Riascos (q.e.p.d), por encontrar violación de las normas que en que debía fundarse, esto es, los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política y 189 del Decreto 1211 del 8 de junio de 1990.

Consecuencialmente y como restablecimiento del derecho ordenó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Mirian Riascos Riascos en suma equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 a partir del 28 de abril de 1995, conforme con lo establecido en el literal d) del artículo 189 ibídem.

Declaró de oficio la prescripción cuatrienal de las mesadas causadas con anterioridad al 9 de abril de 2008, teniendo en cuenta que la petición de reconocimiento se presentó el 9 de abril de 2012, acorde con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Así mismo ordenó que las sumas reconocidas en el fallo se actualizaran conforme al artículo 189 del CPACA, aplicando para ello la fórmula señalada en la parte considerativa de la sentencia.

No condenó en costas y adoptó otras determinaciones respecto de la expedición de las copias para su cumplimiento y la devolución del excedente de los valores consignados como gastos del proceso, si los hubiere.

Para tales efectos argumentó en síntesis que:

- a. Del análisis legal y jurisprudencial¹ se establece que las normas que regulan el presente caso son los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política y 189 del Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, por lo que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004 a que alude el acto demandado no puede aplicarse toda vez que dicha norma señala que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hará a aquellos soldados profesionales que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 en las circunstancias señaladas en el artículo 33 de ese decreto, lo cual es diferente para el asunto en cuestión por cuanto la muerte del soldado Harold Mosquera Riascos se dio el 27 de abril de 1995.
- b. Adujo que sin importar el régimen prestacional que cobije a los soldados que fallezcan en desarrollo de actividades propias del servicio, en aplicación de los derechos a la igualdad y a la seguridad social, es dable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de quienes con ocasión de la muerte de un miembro de la fuerza pública pierden el sustento y la ayuda económica que les brindaban, pues se pone en situación de desamparo a los integrantes del mismo.
- c. Señaló que es procedente conceder la pensión de sobreviviente solicitada pues del acervo probatorio incorporado se establece que el ciudadano Mosquera Riascos prestó sus servicios como soldado regular desde el 12 de noviembre de 1992 hasta el 26 de junio de 1994, y como soldado voluntario desde el 10 de julio de ese año hasta el 27 de abril de 1995 cuando falleció en actos propios del servicio, esto es trabajó al servicio del Ejército Nacional durante 2 años, 5 meses y 5 días.
- d. El Cabo Segundo Harold Mosquera Riascos era soltero y no tenía hijos; su señora madre es Mirian Riascos Riascos de conformidad con el registro civil de nacimiento aportado.
- e. Según la normatividad, los soldados voluntarios, desde su ingreso quedan sujetos no solo al régimen de justicia penal militar, al reglamento del régimen disciplinario y demás normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalidez e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares, sino también al régimen prestacional para los miembros de esas fuerzas motivo por el cual por principio de igualdad también quedan cobijados por lo preceptuado en el Decreto 1211 de 1990.
- f. Frente a la petición de reembolso de las prestaciones sociales e indemnizaciones reconocidas por la muerte del señor Harold Mosquera Riascos señaló que la misma es improcedente si se tiene en cuenta que dichos pagos no son excluyentes, pues la indemnización por la muerte del soldado y las cesantías dobles no son incompatibles con la prestación social de pensión de sobreviviente ya que el derecho a recibir las dos primeras se causan por el hecho del fallecimiento, independientemente que haya lugar o no al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para la cual se tiene en cuenta el tiempo de servicio prestado por el soldado

¹ Consejo de Estado. Sentencias del 1 de abril de 2007, M.P. Nicolás Pajaro Peñaranda, radicado 1994-2003. Reiterado en sentencia del 7 de julio de 2011 M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 2004-00832, relacionadas con la inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no contempla el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

fallecido y máxime cuando la indemnización por muerte fue reconocida por acto administrativo cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada conservando plena validez . Agregó que ello no es una imposición judicial sino la aplicación del principio de igualdad, esto es, a situaciones fácticas iguales soluciones jurídicas de la misma estirpe.

III. EL RECURSO

La parte demandada presentó recurso de apelación, con base en los planteamientos que se resumen así (fls.108 a 172):

1. El juez de instancia no tuvo en cuenta que no se probó la dependencia económica de la demandante frente al fallecido soldado siendo una obligación no solo impuesta por la ley sino por la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional sobre el tema (sentencia C-111 de 2006).
2. Con la sentencia de primera instancia se viola el principio de inescindibilidad de la norma pues:
 - a. Se pretende dar aplicación a dos regímenes que son incompatibles entre sí, esto es, al artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, estatuto para soldados y los artículos 158 y 189 del Decreto 1211 de 1990 aplicable al personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, aduciéndose para ello aplicación del régimen más favorable cuando en esta última norma no se incluye a los soldados.
 - b. Si bien por Resolución 00127 del 8 de marzo de 1996 se ascendió al soldado Harold Mosquera Riascos (q.e.p.d) al grado de cabo segundo, ello no lo hace acreedor de los beneficios prestacionales establecidos para los oficiales y suboficiales si se tiene en cuenta que el ascenso fue en forma póstuma y no en servicio activo, hecho que implica que nunca fue destinatario de la aplicación del Decreto 1211 de 1990.
3. Con la declaratoria de nulidad del acto demandado el juez de instancia está reviviendo términos tácitamente precluidos si se tiene en cuenta que con la Resolución 177125 de 1996 se resolvió la situación prestacional del soldado Harold Mosquera Riascos, el cual debió haber sido atacado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que, contrario a lo decidido en la sentencia recurrida se le concediera la pensión hoy alegada, pues aquí se está discutiendo no solo la legalidad del acto administrativo demandado sino una situación jurídica ya consolidada desde el año de 1996. Para argumentar su dicho transcribió apartes de una sentencia del Consejo de Estado dentro del proceso 25000232600020000058002 (23650), M.P. Ruth Stella Correa Palacio, relacionada con la presunción de legalidad de los actos administrativos.
4. Con el fallo recurrido también se viola el debido proceso administrativo y el principio de confianza legítima ya que se pretende con un nuevo acto administrativo cambiar una situación jurídica consolidada y respaldada en actos administrativos que se presumen legales (Resolución 17712 de 1996), en contravía del principio a la seguridad jurídica, desbordándose así la facultad de control de legalidad asignado a la administración pública, lo cual podría ser interpretado como una revocatoria tácita con desconocimiento del principio de buena fe, pues no puede imponerse a la parte demandada cargas con fundamento en un acto que a todas luces desconoce el respeto a dichos principios y menos cuando la parte actora no

desvirtuó la presunción de legalidad que pesa sobre la Resolución 17712 de 1996, por lo cual conserva su fuerza ejecutoria y por ende es obligatoria.

5. El a-quo no puede a ultranza, en aras de proteger derechos individuales (Escuela Garantista), incurrir en excesos tales como la vulneración de principios: seguridad jurídica, confianza legítima y aún las situaciones legítimamente consolidadas, brindando una protección a los padres de un soldado fallecido en el servicio, olvidándose verificar la procedencia del derecho concedido y las pruebas contundentes que permitan inferir la pertinencia de la misma, si se tiene en cuenta que la pensión es un medio de sustento a los que le sobreviven al difunto la cual está supeditada a unos requisitos como demostrar la dependencia económica y haberse solicitado dentro de la oportunidad legal, pues en el evento de concederse de esta forma las pensiones se entendería que debe reconocerse todas las pensiones de jubilación a soldados muertos en combate bajo regímenes ya derogados.

Y con base en lo anterior solicitó revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar negarse las pretensiones de la demanda.

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

1.- ACTUACIÓN PROCESAL

El presente medio de control fue remitido a esta Corporación el 23 de septiembre de 2013; al día siguiente fue sometida a reparto e ingresada al despacho del magistrado sustanciador el 25 del mismo mes y año (fls.1 a 2 vuelto c.2). Por auto del 26 de septiembre del año que cursa se admitió el recurso de apelación y por no encontrar pruebas que practicar ni la necesidad de llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento mediante proveído del 7 de octubre de 2013 se corrió traslado para alegar de conclusión el cual fue aprovechado por:

a.- La Nación Ministerio de Defensa- Ejército Nacional en escrito que reposa en folios 8 a 12 y 18 a 22 del presente cuaderno, a través del cual se reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación

b.- La parte actora se pronunció a cada uno de los aspectos del recurso de apelación en síntesis así (fls.13 a 17):

- Frente a la dependencia económica:

Aduce que la parte actora erra en afirmar que no se probó la dependencia económica fundamentando su dicho en la Ley 100 de 1993 cuando la norma aplicable al caso concreto es la contenida en los artículos 189, literales a, b, c, y d, y 185 del Decreto 1211 de 1990, de cuya literalidad no se observa que se exija la dependencia económica como condición para el pago de las prestaciones pensionales, lo cual solo se exige cuando quien concurre a su reclamo son los hermanos menores de 18 años, situación que no es aplicable al presente caso porque la demandante es la madre del joven militar fallecido.

Agregó que si bien ello sí es un requisito exigido en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 4433 de 2004 u otra norma que expresamente lo exija, ello no se da en el Decreto 1211 de 1990, el cual es aplicable al caso en concreto por lo que no puede el operador, por respeto al principio de inescindibilidad, reconocer una pensión con fundamento en el Decreto

1211 de 1990 y luego con base en otro ordenamiento legal solicitar la dependencia económica, pues se debe aplicar un solo ordenamiento en su totalidad sin tomar a criterio lo que considere. Ello es reiterado por el artículo 84 de la Constitución Política cuando prohíbe a cualquier autoridad establecer requisitos adicionales cuando un derecho o una actividad ha sido reglamentada de manera general como sucede con el derecho a la pensión de los suboficiales fallecidos en combate lo cual está regulado en los artículos 189 (literales a, b, c y d) y 185 del Decreto 1211 de 1990. Por ende, la parte demandada ni ninguna autoridad puede establecer o exigir requisitos de dependencia económica cuando la norma no los exige.

- En lo que atañe a que el ascenso a cabo segundo póstumo no implica un reconocimiento prestacional como suboficial, señaló que el ascenso no es una formalidad protocolaria sino un reconocimiento de los derechos laborales así se dé de manera póstuma y para fundamentar su dicho transcribió apartes de una sentencia del Consejo de Estado dentro del proceso 178098 M.P. Javier Díaz Bueno.
- Respecto a que la parte demandante pretende revivir términos cuando ya operó la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dijo que frente a la petición de pensión de sobrevivientes no ha operado la caducidad como así se desprende de la sentencia dictada por el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa en el proceso radicado con el número 2000-01794-01, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de la cual transcribió apartes.

Y señaló como argumentos para confirmar la sentencia apelada que:

- Es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto al ascenso en forma póstuma de los soldados que fallecen en combate y el reconocimiento de su pensión de sobrevivientes.
- No se requiere probar la dependencia económica para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como se desprende del contenido del Decreto 1211 de 1990.

2.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES

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

- a.- No existe caducidad puesto que lo que se reclama es una prestación periódica.
- b.- Se agotó vía gubernativa.
- c.- Se cumplió con el requisito de someter el asunto al trámite de conciliación previa ante la Procuraduría General de la Nación.
- d.- No hay objeción sobre presupuestos procesales (competencia², capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y demanda en forma).
- e.- No se observan irregularidades procedimentales que conlleven a invalidar total o parcialmente lo actuado.

² Naturaleza del asunto: medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; cuantía al momento de presentación de la demanda: inferior a 50 smImv; factor territorial: puesto que cuando falleció el soldado Harold Mosquera Riascos 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 Harold Mosquera Riascos; el tiempo que llevaba laborando hasta la fecha de su muerte (2 años, 5 meses y 5 días); la condición de madre del occiso en cabeza de la demandante; y el pago realizado a raíz de la muerte de Mosquera Riascos a ella (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 del recurso interpuesto por la parte demandada, así como de los alegatos de conclusión en segunda instancia hechos por las partes, con relación a la sentencia de primera instancia, se deduce que los problemas jurídicos a dilucidar en el presente caso son los siguientes:

¿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?

¿La sentencia de primera instancia viola o no los principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y presunción de legalidad de la Resolución 177125 de 1996 a través de la cual se resolvió la situación prestacional del soldado Harold Mosquera Riascos?

Para resolverlos consideraremos los siguientes aspectos:

1.- El derecho a la pensión de sobrevivientes para padres de miembros de la fuerza pública fallecidos en combate

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 divide entre los padres así:
 - Si el causante es hijo legítimo³ 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 proporción⁴.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres⁵.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción⁶.
 - Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.
 - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
 - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."

³ 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.

⁴ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 1997

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

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 funcional⁷ 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 Corporación⁸ indicó:

“...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

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 1 de abril de 2004, Expediente N° 1994-03, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁸ 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).

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 consideró⁹:

“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 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 4¹⁰ 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”

⁹ 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)

¹⁰ “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.”

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 como acertadamente lo hizo el a-quo.

2.- De la dependencia económica de los padres con respecto al soldado fallecido para tener derecho a la pensión de sobrevivientes

a.- La entidad demandada invoca la sentencia C-111 de 2006, sobre la cual es pertinente señalar que ella puso fin a la demanda de inexecuibilidad 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*".

b.- Como ya se advirtió el régimen aplicable al caso que ocupa la atención de esta Corporación 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.).

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.

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 fallecido¹¹.

3.- De la 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 Estado¹² 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)."*¹³

¹¹ 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.

¹² 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)

¹³ 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 Harold Mosquera Riascos. En consecuencia, no podemos aplicarle porque incurriríamos en violación del principio de irretroactividad de la ley y del principio constitucional 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 Harold Mosquera Riascos a la demandante con fundamento en el Decreto 2728 de 1968¹⁴.

¹⁴ 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. Sentencia del 17 de octubre del 2013, M.P. José Antonio Figueroa Burbano, radicado 2012-00062.

4.- ¿La sentencia de primera instancia viola o no los principios de presunción de legalidad de la Resolución 177125 de 1996 a través de la cual se resolvió la situación prestacional del soldado Harold Mosquera Riascos, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica?

Analizados los temas relacionados con el derecho a la pensión de sobreviviente en cabeza de los padres de miembros de la fuerza pública fallecidos en combate; la compatibilidad entre esa prestación y las cesantías, así como la indemnización contemplada en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, se hace necesario considerar lo relacionado con la presunta violación de los principios indicados en el encabezamiento de este numeral, así:

Partiremos señalando que nuestro ordenamiento jurídico está constituido por normas, derechos, principios y valores que se entrelazan unos con otros a fin de asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, entre otros, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un ordenamiento político, económico y social justo, según lo preceptúa el preámbulo de nuestro Estatuto Fundamental, preámbulo que no es un escrito inane sino un todo vinculante que resume el querer y el sentir del constituyente primario para garantizar y hacer posible el mismo Estado como institución jurídica.

Las autoridades de la República, al tenor de lo establecido en el artículo 2 ibídem tenemos nuestra razón de ser, precisamente, en hacer posibles todos y cada uno de los derechos, garantías, obligaciones, prohibiciones, autorizaciones y demás manifestaciones del derecho, para que esos cometidos políticos, sociales, económicos y culturales tengan vida en cada caso concreto, persiguiendo siempre la justicia material.

Pues bien, uno de esos principios que integran nuestro ordenamiento es precisamente el de la presunción de la legalidad de los actos administrativos, pero no lo podemos tomar aisladamente, separado de los demás elementos que constituyen la normatividad que nos rige, sino en una dinámica permanente con ellos, y se reitera, guiado siempre por el principio de la justicia material.

Esa visión global del ordenamiento es la que permite mirar el bosque y no los árboles; ella debe estar en permanente contacto con la realidad colombiana, cuya historia da cuenta de una lucha fratricida inmemorial combinada con el trabajo y todos y cada uno de los elementos que conforman la vida cotidiana; pero ella es también la que necesariamente hace considerar a la sociedad en general y por supuesto a los administradores de justicia, que con igual o mayor preponderancia al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos se encuentran derechos fundamentales, entre ellos, disfrutar la vida de una manera normal, deleitarse con la integridad personal, gozar de salud, convivir en familia y recibiendo el abrazo filial y cariñoso o la ayuda de todos y cada uno de sus miembros, entre otros; y tal visión también permite encontrar justas el pago de unas cesantías por una labor que un hijo le prestó al Estado, o esta y la compensación por el dolor sufrido a causa de una muerte absurda en combate entre personas de una misma patria, o estas dos y una compensación del 50% de los haberes a título de pensión de sobrevivientes.

La ley, la jurisprudencia y la doctrina tienen sentado desde hace mucho tiempo que el derecho a reclamar una prestación periódica nunca caduca, es decir, se puede reclamar en cualquier tiempo. Y ello no va en contra del principio de seguridad jurídica, pues independientemente de que se haga uso o no de la reclamación, todos tenemos el convencimiento interno y el respaldo legal externo de que podremos reclamar un derecho de esta naturaleza en cualquier tiempo.

Por ende, si la parte demandante, por error, por ignorancia, porque no lo necesitaba o por alguna otra razón no inició oportunamente las acciones legales en contra de la Resolución 177125 de 1996, a través de la cual se resolvió la situación prestacional del soldado Harold Mosquera Riascos, ello no significa que no hubieran podido iniciar las acciones legales, como efectivamente lo hizo la demandante, y ello no implica violación de los principios de presunción de legalidad de los actos administrativos o de seguridad jurídica como pretende hacerlo ver la parte demandada en el recurso de apelación.

Por supuesto, el ejercicio de las acciones legales, es decir, de los medios que la Constitución y la ley han establecido para hacer efectivos los derechos y garantías, tampoco es violatorio de los principios de la buena fe y confianza legítima. La tardanza en interponer la acción se debe seguramente a que la demandante, como la mayoría de colombianos, desconocía que podía tener derecho a la pensión de sobrevivientes. Y desconocer la ley en una persona que no es abogada, nunca constituye ni constituirá violación de los principios de la buena fe y la confianza legítima. Y si se mira estos principios desde el punto de vista de la parte pasiva, tampoco tiene la connotación que le quiere dar el apelante, pues el hecho de que no se hayan incoado las acciones legales oportunamente no quiere decir que dicha parte, a título de derecho adquirido o de expectativa pueda exigir que no se ejerzan y aducir en caso contrario que se violaron tales principios.

La única consecuencia del ejercicio tardío de la acción es la pérdida de parte de las mesadas pensionales (las que estaban prescritas) por parte de la demandante y el correlativo beneficio para la entidad accionada.

Así las cosas, aunque respetamos el criterio expuesto por el profesional del derecho que representa a la parte accionada, no compartimos la violación de los principios analizados en el presente acápite, lo que aunado a lo señalado en los numerales anteriores conlleva a confirmar el fallo en lo que fue materia de apelación.

VII. 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.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la codena 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.

Sin embargo, 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, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

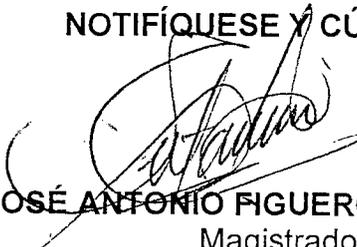
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juez Primero Administrativo de Yopal el 18 de junio de 2013 dentro del medio de control referenciado, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones anotadas en la parte considerativa.

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

TERCERO: **ORDENAR** remitir copia auténtica del presente fallo con constancia de notificación y ejecutoria a la entidad accionada, acorde con las previsiones del artículo 192 del CPACA.

CUARTO: **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


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado