## PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL VINCULADO A LAS FUERZAS MILITARES COMO SOLDADO REGULAR / Normatividad aplicable.

## La norma en cita [artículo 8 del Decreto 2728 de 1968] previó para los soldados que murieran en servicio activo, y según las circunstancias de su fallecimiento: a) en combate o acción directa del enemigo en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público: i) ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero, ii) reconocimiento y pago de indemnización a sus beneficiarios correspondiente a 48 meses, y, iii) pago doble de cesantía; b) por accidente en misión del servicio: i) ascenso póstumo al mencionado grado y ii) el reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero; c) por causas diferentes a las anteriores: i) el ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero y ii) reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. Como se puede advertir, tal disposición solo previó prebendas como ascenso póstumo a grado de suboficial en condición de Cabo Segundo o Marinero y una especie de indemnización a favor de los beneficiarios del soldado o grumetes muerto en servicio; no contempló prestación pensional alguna para estos. Posteriormente, la Ley 131 de 1985, “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, reguló este tipo de servicio con vinculación legal y reglamentaria sin detrimento de las disposiciones vigentes que regulaban el servicio militar obligatorio, de manera que podían optar por aquel, una vez culminara su condición de conscripto y en obedecimiento a lo establecido en el artículo 3 ibidem, “quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley”. De tal modo que, a la fecha de expedición de esta ley, existían, no solo los soldados que cumplían el servicio militar obligatorio en cumplimiento de una obligación constitucional y legal, sino los soldados voluntarios, y podían hacer parte de estos los que habiendo prestado aquella obligación manifestaran su deseo de convertirse en soldados voluntarios y que el comandante de la Fuerza Militar, los haya aceptado mediante decisión administrativa, los cuales estarían sujetos a las disposiciones relativas a los soldados que se encontraban contenidas en el aludido Decreto 2728 de 1968. Cinco años más tarde se expidió el Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. Esta norma contempló expresamente una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios del personal de oficiales y suboficiales que haya fallecido en combate cuya cuantía variaba si había laborado más de 12 años de servicios, o menos a ese tiempo, de igual forma, su ascenso póstumo al grado siguiente que le correspondía, así como, indemnización por compensación, y el pago doble de la cesantía. (…) Posteriormente, la Ley 447 de 1998, “Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”, determinó en su artículo 1º que, “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 (1, 1/2) mínimo mensuales y vigentes”. Y en el parágrafo 1° suprimió la indemnización por muerte, que se causaba, de conformidad al Estatuto Militar, es decir, la del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, cuando se apliquen en esos casos de pensiones. Nótese entonces que, a partir de esta norma de 1998, ya se instituyó una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados regulares que presten su servicio militar obligatorio y mueran en condiciones de combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

## PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL VINCULADO A LAS FUERZAS MILITARES COMO SOLDADO REGULAR / Aplicación de principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral / Derecho a la pensión tal y como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

## Es viable plantear como regla que en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990. Lo anterior, pues no resulta constitucionalmente justificable en atención al derecho a la igualdad que se plantee una distinción legal entre el personal de las Fuerzas Militares -soldados y oficiales y suboficiales- a efectos de hacerse acreedores o no a la pensión de sobreviviente cuando su fallecimiento se genera por unas mismas causas, y en consideración a que dicha prestación cumple una misma finalidad constitucional para dichos beneficiarios como es soportar a la familia ante la desaparición del miembro que ayudaba a su sostenimiento.

## PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL VINCULADO A LAS FUERZAS MILITARES COMO SOLDADO REGULAR / Aplicación de principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral / Inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

## La Corporación encuentra que el señor José Avelino Dueñas Barrera estuvo vinculado como soldado regular entre el 19 de septiembre de 1991 y el 18 de marzo 1993; posteriormente se incorporó como soldado voluntario a partir del 1 de abril de 1993, y en esta condición murió el día 17 de diciembre de ese año, al enfrentarse con grupos subversivos, muerte que fue calificada en el informe administrativo respectivo como en combate por acción directa del enemigo en virtud de lo previsto en el Decreto 2728 de 1968. Tal situación dio lugar a que fuera ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo y que se le reconocieran a los señores José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas, en condición de padres de aquel, las prestaciones e indemnización por muerte por un valor de $7.328.009 según Resolución No. 8142 del 17 de agosto de 1994, en acatamiento a lo previsto en el artículo 8° de aquel Decreto, norma que le resultaba aplicable dada su vinculación como soldado regular del EJENAL. Sin embargo, en atención a lo precisado en el marco legal y jurisprudencial de esta providencia, la aplicación en el caso concreto de la norma resulta contraria a la Carta Política en punto a la garantía del derecho a la igualdad y favorabilidad en materia de seguridad social, al no permitir el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios, en igualdad de condiciones a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares conforme lo prevé el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, máxime cuando la causa para que se produzca tal prestación es la misma: muerte en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno. Así mismo, teniendo en cuenta que dado el ascenso póstumo para el soldado fallecido en dichas circunstancias compartía el mismo grado como suboficial, y que dicha pensión tanto para los soldados, como para el personal de oficiales y suboficiales cumple una misma finalidad, como es ayudar al soporte económico de su familia ante el deceso del personal de las Fuerzas Militares. Ante estas circunstancias, la Sala no advierte entonces una justificación constitucionalmente válida a la luz de la igualdad material prevista en el artículo 13 del Estatuto Fundamental para que no le sea reconocida a los beneficiarios demandantes la prestación pensional deprecada que se genera a partir de un hecho propio de la naturaleza humana como lo es la muerte, y cuya causa tanto para soldados como para oficiales y suboficiales es la misma y se ocasiona a partir del enfrentamiento a grupos insurgentes que rompen el orden constitucional y legal establecido. (…) No hay duda que el reconocimiento pensional es más favorable porque atiende por mucho más tiempo y de manera continua tal contingencia de cara a la indemnización que le era reconocida en virtud de lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, por tanto, en interpretación de normas del régimen especial de las Fuerzas Militares como esa preceptiva, y el Decreto 1211 de 1990, y en atención al principio constitucional de igualdad, era dable inaplicar dicho canon normativo, y acceder al reconocimiento pensional en aplicación a lo regulado en este último Decreto 1211, según el artículos 185, literal d) del artículo 189 en concordancia con el artículo 158, es decir, a favor de los padres del causante en calidad de beneficiarios -padres- según se demostró en el proceso, y en un porcentaje equivalente al 50% para cada uno de ellos, en proporciones iguales, siguiendo el orden previsto en aquella preceptiva y las partidas computables para el efecto, como lo hiciera el juzgador de primera instancia.

## PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / Objeto.

## El objeto de la pensión de sobrevivencia es atender la contingencia derivada del deceso del servidor, con el fin de cubrir no solo su ausencia súbita sino el apoyo económico que le daba al grupo familiar, en aras de evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de las personas beneficiarias de tal prestación, circunstancia a la que está sujeto todo ser humano.

## PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL VINCULADO A LAS FUERZAS MILITARES COMO SOLDADO REGULAR / Descuento del pago por concepto de indemnización por muerte / Aplicación de reglas de unificación jurisprudencial.

## La Sala observa que, en el fallo de primera instancia, el a- quo no ordenó descontar lo pagado al demandante por concepto de indemnización por muerte conforme lo resuelto en la Resolución No. 8142 del 17 de agosto de 1994. Al respecto, considera necesario adicionar la sentencia apelada a efectos de ordenar el descuento de lo que la entidad efectivamente hubiere pagado a José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas por virtud de la compensación por muerte de su hijo, equivalente a 48 meses de los haberes correspondientes, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, en los términos ordenados en ese acto administrativo. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha establecido pacíficamente, ejemplo de ello, se encuentra en las reglas de unificación desarrolladas en la sentencia de unificación SUJ-009-S2, así: *“(…) 2. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte en simple actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional. (…) v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que afecte su mínimo vital. (…)”.*

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

## http://images.google.com.co/url?q=http://www.cajpe.org.pe/infomacionporpaises/images/colombia_escudo.gif&usg=AFrqEzfgWyWgrhxYM1_HhyEayeIxMYvdTAREPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

## REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL

DERECHO

ACCIONANTE: JOSÉ RAÚL DUEÑAS DUEÑAS

ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –

EJÉRCITO NACIONAL

LITISCONSORCIO

NECESARIO: MARIA INÉS BARRERA DE DUEÑAS1 RADICACIÓN: 150013333-002-2013-00407-00

# ===================================

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 26 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Duitama, que accedió a las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES

**I.1 DEMANDA.** (fls. 2-7)

José Raúl Dueñas Dueñas promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (en adelante **EJENAL**), con el ánimo de que se acceda a la nulidad del Oficio No. OFI12-67065 del 13 de julio de 2012 a través del cual esa entidad le negó el

1 Según auto del 28 de enero de 2015 (fl. 192).

reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo José Avelino Dueñas Barrera, y el pago de los dineros retroactivos resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, en aplicación de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al EJENAL: i) reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo José Avelino, efectiva a partir del 17 de diciembre de 1993, ii) reliquidar y reajustar dicha prestación con las partidas computables -prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar y demás previstas en la ley-; iii) pagar los intereses moratorios causados desde el momento del reconocimiento hasta cuando se cancele efectivamente el respectivo derecho; iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 y v) en costas y agencias en derecho.

Para efectos de lo anterior, la parte actora relató como **HECHOS RELEVANTES**, los siguientes:

José Raúl Dueñas Dueñas es padre de José Avelino Dueñas Barrera; este ingresó al EJENAL el 3 de abril de 1993 y murió el 17 de diciembre del mismo año; muerte que se calificó como *“en simple actividad”*. El día 26 de septiembre de 2011, solicitó al EJENAL el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes respecto de su fallecido hijo invocando las regulaciones que en la materia contiene el artículo 46 y demás de la Ley 100 de 1993 con arreglo al principio de favorabilidad, petición negada mediante el oficio enjuiciado invocando el contenido del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968.

Como **NORMAS VULNERADAS** y explicación del **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, indicó:

Citó los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 29, 42, 48 y 53 de la Constitución

Política; artículos 35, 36, 47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993, y sentencias C-461 de 1995, T-1088 de 2007 y C-324 de 2009 de la Corte Constitucional.

Sostuvo que, en atención a los principios de favorabilidad, de retrospectividad y supremacía de los principios constitucionales, tiene derecho al reconocimiento y pago del derecho pensional deprecado, en consideración a que su hijo José Avelino estuvo vinculado al EJENAL durante el tiempo requerido por la Ley 100 de 1993 *-26 semanas-* para que sus beneficiarios, como su padre, ahora demandante, accedieran a tal derecho a partir de las

cotizaciones hechas en servicio, independientemente que perteneciera al régimen especial de las FF.MM., y que aquellas fueran realizadas antes de la entrada en vigencia de dicha norma. Resaltó que un régimen especial resulta prevalente si garantiza un mayor grado de protección para sus destinatarios, de cara a un régimen general.

* 1. **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.** (fls. 339-345)

En sentencia del 26 de enero de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo de Duitama accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“PRIMERO.- INAPLICAR para el caso concreto, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del Oficio No. OFI12-67065 del 13 de julio de 2012, a través del cual LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA EJÉRCITO NACIONAL negó el

reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes al señor JOSÉ RAÚL DUEÑAS DUEÑAS, por el fallecimiento de su hijo JOSÉ AVELINO DUEÑAS BARRERA y el pago de los dineros retroactivos resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, en aplicación de la Ley 100 de 1993, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ya condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL a:

* + 1. Reconocer a los señores JOSÉ RAÚL DUEÑAS DUEÑAS y MARÍA INÉS BARRERA DE DUENAS, a partir del 18 de diciembre de 1993, una pensión mensual por la muerte en combate de su hijo el CS (P) JOSÉ AVELINO DUEÑAS BARRERA, en la cuantía establecida en el literal d. del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, esto es, en monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 del citado Decreto.
    2. Pagar a los señores JOSÉ RAÚL DUEÑAS DUEÑAS y MARÍA INÉS BARRERA las mesadas pensionales causadas a partir del 26 de septiembre de 2007, como quiera, que, frente a las mesadas generadas con anterioridad a dicha fecha, ha operado la prescripción.

CUARTO. - Sin costas.

(…)”.

A efectos de tomar tal determinación, sostuvo que el problema jurídico se contraía a determinar *“si es procedente reconocer una pensión de sobrevivientes en aplicación del Régimen General de Seguridad Social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, atendiendo el principio de retrospectividad de la ley, cuando el derecho reclamado se consolidó en vigencia de una norma anterior”.*

Relacionó la normatividad concerniente al reconocimiento pensional para los soldados de las FF.MM., en particular, la prevista en los artículos 8 del Decreto 2728 de 1968 y 189 del Decreto 1211 de 1990; así mismo, el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, acerca de su aplicación en el régimen especial de la Fuerza Pública. Y precisó que, aun cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado, en atención a los principios de justicia y equidad, aplicó esta última preceptiva de manera retrospectiva en materia de pensiones de ese régimen, lo cierto es que rectificó tal posición y determinó que, en materia de pensión de sobrevivientes, el derecho se causa al momento del fallecimiento del causante, y las normas vigentes son las que rigen el derecho prestacional para esa fecha, pues en aquel momento este se consolida. Seguidamente, resaltó que ese Alto Tribunal, en sentencia del 7 de julio de 20112, inaplicó el artículo

8 del Decreto 2728 de 1968 y declaró la procedencia del reconocimiento de pensión de sobrevivientes en el caso de soldados voluntarios cuya muerte acaeció en combate por acción directa del enemigo, en acatamiento de lo establecido por el Decreto 1211 de 1990, y en aras de materializar el derecho a la igualdad.

En el caso de marras, señaló que no resultaba procedente aplicar la Ley 100 de 1993, como se solicita en la demanda, pues el Decreto 2728 de 1968 era la norma vigente al 17 de diciembre de 1993, fecha de fallecimiento de José Avelino Dueñas Barrera, decreto que en su artículo 8°, disponía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo, el que le fue efectivamente otorgado, así como, a las prestaciones a pagar en el evento de la muerte de un soldado en servicio activo, pero sin que se contemplara reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia citada, en asuntos como el debatido, era viable inaplicar el aludido artículo 8°, y otorgar la prestación pensional invocada a favor de los demandantes, por una parte, como beneficiarios del causante

2 Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 70001- 23-31-000-2004-00832-01 (2161-09).

según los artículos 185 y literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política y en pronunciamiento del Consejo de Estado que destacó que el juez oficiosamente debe acudir a la normativa aplicable, sin que su variación respecto de la que solicitada pueda considerarse como una mutación de la pretensión. Y, por otra parte, teniendo en cuenta que el causante prestó sus servicios en el EJENAL durante dos (2) años, dos (2) meses y veinticinco (25) días, es decir, por menos de 12 años, como lo exige de la aludida normatividad.

En consecuencia, declaró la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho condenó a la entidad demandada reconocer y pagar a los demandantes, a partir del 18 de diciembre de 1993, una pensión mensual de sobrevivientes por la muerte en combate de su hijo, en la cuantía establecida en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, es decir, en el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibidem*. Y declaró la prescripción cuatrienal de los valores correspondientes al reajuste de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de septiembre de 2007, pues si el derecho se generó el 17 de diciembre de 1993, fecha del fallecimiento del soldado Dueñas Barrera, y el actor elevó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes el 26 de septiembre de 2011, se encontraban prescritos los derechos anteriores del 26 de septiembre de 2007.

* 1. **RECURSO DE APELACIÓN** (fl. 350)**.**

El EJENAL discrepó de la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos:

Recordó que la administración pública está orientada bajo el principio de legalidad que obliga al respeto de los preceptos normativos y de los principios y valores que fundamentan el ordenamiento jurídico, y, que si en la cuestión examinada, José Avelino Dueñas Barrera murió en combate por acción directa del enemigo en mantenimiento del orden público, y para la época de su muerte tenía un tiempo de servicio en la institución de ocho (8) meses y catorce (14) días, la norma aplicable era el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, y la cual no prevé el reconocimiento de pensión alguna a favor de los beneficiarios del personal de soldados voluntarios, que fallezcan por acción directa del enemigo.

Así mismo, el *a quo* soslayó que las Fuerzas Militares se regulan por norma especial, excluyéndose la preceptiva general contenida

en la Ley 100 de 1993, disposición que lo contempló expresamente en su artículo 279; lo contrario sería desconocer la firmeza, vigencia y aplicación de las normas en el tiempo.

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Tanto la parte actora como la entidad accionada guardaron silencio, y solo el **Ministerio Público** (fls. 369-372) hizo uso de esta oportunidad procesal, el cual rindió concepto en los siguientes términos:

Indicó que, al examinar las normas del régimen prestacional de los Soldados frente al de los Oficiales y Suboficiales, se encuentra un trato discriminatorio que contraría el artículo 13 Constitucional, pues no resulta justificado que por el hecho de ser soldado y ocurrir el evento de su muerte en actividades del servicio, no se le reconozca a sus familiares la pensión de sobreviviente, la que sí se otorga a quienes tienen la calidad de oficiales y suboficiales, pese a que el evento de la muerte ocurre en idénticas condiciones.

Con base en lo anterior, solicitó que se confirme la sentencia apelada, pues si bien el acto censurado niega la pensión de sobreviviente bajo el argumento que la prestación pensional pretendida no está consagrada en las normas que regulan la materia para las FF.MM., lo cierto es que en atención al principio de igualdad del artículo 13 de la Carta Política, es necesario otorgarle a los soldados regulares como el causante, el mismo trato que se le da a los oficiales y suboficiales del EJENAL que fallecen en actividades propias del servicio, dado que tal discriminación negativa no es aceptable. Resaltó que, en el caso concreto, los demandantes reúnen los requisitos para hacerse acreedores a la prestación pensional contemplada en el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, tal como lo determinó el juez de primera instancia.

# CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, i) lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico; ii) la relación de los hechos probados y, finalmente, iii) el estudio y la solución del caso en concreto.

## II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

* 1. **Tesis del juez de primera instancia**.

Es viable acceder a las pretensiones de la demanda, pues, aunque conforme con jurisprudencia del Consejo de Estado la preceptiva que gobierna el reconocimiento pensional es la del momento del fallecimiento, lo cierto es que la jurisprudencia señaló que tal mandato debe inaplicarse al eludir el derecho constitucional a la igualdad frente a los oficiales y suboficiales del EJENAL cuyos beneficiarios sí gozan de dicha prestación conforme con el Decreto 1211 de 1990, así mismo, en virtud del principio de favorabilidad del artículo 53 Constitucional.

## Tesis de la apelación.

La entidad demandada señaló que la sentencia objeto de alzada debe revocarse, a efectos de negar las pretensiones de la demanda, en tanto que en estricto acatamiento del principio de legalidad, el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 es la norma llamada a aplicarse en el caso concreto en razón a la fecha de fallecimiento del señor Dueñas Barrera, y tal disposición no contempló el reconocimiento de pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los soldados cuya muerte en combate se genere por acción directa del enemigo en mantenimiento del orden público, y hayan laborado un tiempo de servicio en la institución de ocho (8) meses y catorce (14) días, decreto que constituye norma especial para las FF.MM. cuyo obedecimiento es prevalente.

## 1.3 Planteamiento del problema jurídico.

Conforme con las tesis expuestas por el a-quo y la parte apelante, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si es procedente inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, al no prever el reconocimiento de pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados fallecidos en servicio activo en combate o por acción directa del enemigo, y acceder a las pretensiones de la demanda, o si en obedecimiento del principio de legalidad y en primacía de la norma especial en materia de prestaciones de la Fuerzas Militares, debe aplicarse el Decreto 2728 de 1968, preceptiva que no consagra tal prestación.

## II.2.- LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

* José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas son padres de José Avelino Dueñas Barrera quien nació el 7 de noviembre de 1972 (fl. 23, 102 vto).
* Según el expediente prestacional del Ministerio de Defensa, el soldado José Avelino Dueñas Barrera prestó servicio así: i) Soldado Regular desde el 19 de septiembre de 1991 y el 18 de marzo 1993; y ii) soldado voluntario desde el 1° de abril de 1993 hasta el 17 de diciembre de 1993, con un tiempo de servicio de dos (2) años, dos (2) meses y veinticinco (25) días. Acorde con informe administrativo, la muerte del citado soldado se produjo el

17 de diciembre de 1993 por enfrentamiento con grupos subversivos y fue calificada como en combate por acción directa del enemigo (fls. 100, 101, 102, 110, 114, 116 vto-118, y 163, 164, 177, 179 vto).

* Según certificado de defunción de la Registraduría Nacional del Estado Civil, José Avelino Dueñas Barrera falleció el 17 de diciembre de 1993 (fl. 102, 165).
* Mediante Resolución No. 8142 del 17 de agosto de 1994, el Ministerio de Defensa reconoció a favor de José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas, en calidad de padres del Cabo Segundo (por ascenso póstumo) José Avelino Dueñas Barrera, las prestaciones sociales consolidadas relativas a: i) cesantías definitivas dobles por 2 años, 2 meses y 26 días, y ii) compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes salariales (fls. 9-10, 104 vto).
* José Raúl Dueñas Dueñas, a través de apoderado judicial, elevó derecho de petición ante el EJENAL, el día 26 de septiembre de 2011, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su hijo José Avelino en aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y del principio constitucional de favorabilidad (fl. 16).
* La anterior petición fue resuelta negativamente por el Ministerio de Defensa Nacional a través de Oficio No. OFI12-67065 del 13 de julio de 2012, fundamentándose en la aplicación de lo previsto del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 y que el ascenso

póstumo al grado de Cabo Segundo no le concede el status de suboficial en tanto que no se hicieron los cursos respectivos (fl. 8).

## II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala de Decisión confirmará el fallo objeto de alzada, pues en atención a los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad, los beneficiarios de los soldados regulares cuya muerte se cause en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, en los términos del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, inaplicándose lo preceptuado en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968. Y se adicionará en un numeral para ordenar a la entidad demandada descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte.

## 3.1. De la pensión de sobreviviente de personal vinculado a las Fuerzas Militares como soldado regular.

El Decreto 2728 de 1968, *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”*, estableció a favor de los beneficiarios del soldado que muriera en combate en servicio activo, y de este mismo, las siguientes prebendas:

“ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.”

De modo que la norma en cita previó para los soldados que murieran en servicio activo, y según las circunstancias de su fallecimiento: **a)** en combate o acción directa del enemigo en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público: i) ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero, ii) reconocimiento y pago de indemnización a sus beneficiarios correspondiente a 48 meses, y, iii) pago doble de cesantía; **b)** por accidente en misión del servicio: i) ascenso póstumo al mencionado grado y ii) el reconocimiento y pago de treinta y seis

1. meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero; **c)** por causas diferentes a las anteriores: i) el ascenso póstumo al grado de cabo segundo o marinero y ii) reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

Como se puede advertir, tal disposición solo previó prebendas como ascenso póstumo a grado de suboficial en condición de Cabo Segundo o Marinero y una especie de indemnización a favor de los beneficiarios del soldado o grumetes muerto en servicio; no contempló prestación pensional alguna para estos.

Posteriormente, la Ley 131 de 1985, *“Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”,* reguló este tipo de servicio con vinculación legal y reglamentaria sin detrimento de las disposiciones vigentes que regulaban el servicio militar obligatorio, de manera que podían optar por aquel, una vez culminara su condición de conscripto y en obedecimiento a lo establecido en el artículo 3 *ibidem*, *“quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley”.*

De tal modo que, a la fecha de expedición de esta ley, existían, no solo los soldados que cumplían el servicio militar obligatorio en cumplimiento de una obligación constitucional y legal, sino los soldados voluntarios, y podían hacer parte de estos los que habiendo prestado aquella obligación manifestaran su deseo de convertirse en soldados voluntarios y que el comandante de la Fuerza Militar, los haya aceptado mediante decisión administrativa, los cuales estarían sujetos a las disposiciones relativas a los soldados que se encontraban contenidas en el aludido Decreto 2728 de 1968.

Cinco años más tarde se expidió el Decreto 1211 de 1990, *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*. Esta norma contempló expresamente una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios del personal de ***oficiales y suboficiales*** que haya fallecido en combate cuya cuantía variaba si había laborado más de 12 años de servicios, o menos a ese tiempo, de igual forma, su ascenso póstumo al grado siguiente que le correspondía, así como, indemnización por compensación, y el pago doble de la cesantía, tal como se describe a continuación:

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

* 1. 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.
  2. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
  3. 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.
  4. 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.” (Destacado de la Sala)

Posteriormente, la Ley 447 de 1998, *“Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”*, determinó en su artículo 1º que, *“****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 (1, 1/2) mínimo mensuales y vigentes”*. Y en el parágrafo 1° suprimió la indemnización por muerte, que se causaba, de conformidad al Estatuto Militar, es decir, la del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, cuando se apliquen en esos casos de pensiones.

Nótese entonces que, a partir de esta norma de 1998, ya se instituyó una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados regulares que presten su servicio militar obligatorio y mueran en condiciones de combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

Sobre este particular, es necesario acotar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del mentado Decreto 1211 de 1990. Así, en sentencia de 18 de febrero de 2016, el Consejo de Estado indicó expresamente que:

“… en el presente caso existe duda seria y razonable en relación con la norma que se ha de aplicar para la solución del problema jurídico planteado, puesto que como ya se dijo, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 contempla el pago de 48 meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía; al paso que el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 estipula el pago de una pensión mensual, cuya cuantía dependerá del tiempo de servicios prestado por el miembro de las Fuerzas Militares fallecido en actos del servicio. Por ende, se debe establecer cuál de las dos disposiciones legales favorece a la actora y para ese efecto, se debe acudir al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

(…)

Por tal razón, de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política, en el caso concreto se debe inaplicar 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 regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, y en su lugar, aplicar el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.»3

En este orden, es viable plantear como regla que en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 19904. Lo anterior, pues no resulta constitucionalmente justificable en atención al derecho a la igualdad que se plantee una distinción legal entre el personal de las Fuerzas Militares -soldados y oficiales y suboficiales- a efectos de hacerse acreedores o no a la pensión de sobreviviente cuando su fallecimiento se genera por unas mismas causas, y en consideración a que dicha prestación cumple una misma finalidad constitucional para dichos beneficiarios como es soportar a la familia ante la desaparición del miembro que ayudaba a su sostenimiento.

En las sentencias de tutela T-378 de 2018 y T-107 de 2020, la Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse para decidir si el Ministerio de Defensa Nacional había vulnerado los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social por negar el reconocimiento de la pensión que solicitó la beneficiaria con ocasión de la muerte de su hijo, quien era soldado voluntario, argumentando que “*el Decreto 2728 de 1968 no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de soldados (…)*”, y que “*ni el Consejo de Estado ni la* [Corte Constitucional] *han expedido una sentencia de unificación frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990 en los eventos en que los Soldados Regulares fallecieron en combate*”. En dichas oportunidades la Corte reiteró la postura sentada por el Consejo

3 Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 18 de febrero de 2016. Rad. 66001-23- 33-000-2012-00060-01 (2681-2013). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

4 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 21 de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 08001- 23-33-000-2017-00230-01(AC). También Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. César Palomino Cortés. Treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 05001-23-33-000-2015-01678-01 Número interno: 2493-2017.

de Estado según la cual “*la autoridad administrativa deberá reconocer a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate, la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 189, literal d.) del Decreto 1211 de 1990, o 184, literal d) del Decreto 95 de 1989, según la fecha del deceso, siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos por el régimen general para efectos del reconocimiento de dicha prestación, esto es, acreditar el parentesco con el causante*”.

## 3.2.- Solución del caso concreto.

Visto el problema jurídico planteado, corresponde a esta Sala establecer si es procedente inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, al no prever el reconocimiento de pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados fallecidos en servicio activo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, a diferencia de los oficiales y suboficiales del EJENAL quienes en estas condiciones sí gozan de esta prebenda con arreglo al Decreto 1211 de 1990, y acceder a las pretensiones de la demanda, como lo sostuvo el a-quo, o si en obedecimiento del principio de legalidad y en primacía de la norma especial en materia de prestaciones sociales de la Fuerzas Militares, debe aplicarse el Decreto 2728 de 1968, preceptiva que no consagra tal prestación y es dable revocar el fallo de primera instancia que accedió a dicho reconocimiento, como lo solicita la entidad accionada impugnante.

Pues bien, según la prueba que milita en el plenario, la Corporación encuentra que el señor José Avelino Dueñas Barrera estuvo vinculado como soldado regular entre el 19 de septiembre de 1991 y el 18 de marzo 1993; posteriormente se incorporó como soldado voluntario a partir del 1 de abril de 1993, y en esta condición murió el día 17 de diciembre de ese año, al enfrentarse con grupos subversivos, muerte que fue calificada en el informe administrativo respectivo como en combate por acción directa del enemigo en virtud de lo previsto en el Decreto 2728 de 1968. Tal situación dio lugar a que fuera ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo y que se le reconocieran a los señores José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas, en condición de padres de aquel, las prestaciones e indemnización por muerte por un valor de $7.328.009 según Resolución No. 8142 del 17 de agosto de 1994, en acatamiento a lo previsto en el artículo 8° de aquel Decreto, norma que le resultaba aplicable dada su vinculación como soldado regular del EJENAL.

Sin embargo, en atención a lo precisado en el marco legal y jurisprudencial de esta providencia, la aplicación en el caso concreto de la norma resulta contraria a la Carta Política en punto a la garantía del derecho a la igualdad y favorabilidad en materia de seguridad social, al no permitir el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios, en igualdad de condiciones a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares conforme lo prevé el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, máxime cuando la causa para que se produzca tal prestación es la misma: muerte en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno. Así mismo, teniendo en cuenta que dado el ascenso póstumo para el soldado fallecido en dichas circunstancias compartía el mismo grado como suboficial, y que dicha pensión tanto para los soldados, como para el personal de oficiales y suboficiales cumple una misma finalidad, como es ayudar al soporte económico de su familia ante el deceso del personal de las Fuerzas Militares.

Ante estas circunstancias, la Sala no advierte entonces una justificación constitucionalmente válida a la luz de la igualdad material prevista en el artículo 13 del Estatuto Fundamental para que no le sea reconocida a los beneficiarios demandantes la prestación pensional deprecada que se genera a partir de un hecho propio de la naturaleza humana como lo es la muerte, y cuya causa tanto para soldados como para oficiales y suboficiales es la misma y se ocasiona a partir del enfrentamiento a grupos insurgentes que rompen el orden constitucional y legal establecido. Y resáltese que el objeto de la pensión de sobrevivencia es atender la contingencia derivada del deceso del servidor, con el fin de cubrir no solo su ausencia súbita sino el apoyo económico que le daba al grupo familiar, en aras de evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de las personas beneficiarias de tal prestación, circunstancia a la que está sujeto todo ser humano.

No hay duda que el reconocimiento pensional es más favorable porque atiende por mucho más tiempo y de manera continua tal contingencia de cara a la indemnización que le era reconocida en virtud de lo previsto en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, por tanto, en interpretación de normas del régimen especial de las Fuerzas Militares como esa preceptiva, y el Decreto 1211 de 1990, y en atención al principio constitucional de igualdad, era dable inaplicar dicho canon normativo, y acceder al reconocimiento pensional en aplicación a lo regulado en este último Decreto 1211,

según el artículos 185, literal d) del artículo 189 en concordancia con el artículo 158, es decir, a favor de los padres del causante en calidad de beneficiarios -padres- según se demostró en el proceso, y en un porcentaje equivalente al 50% para cada uno de ellos, en proporciones iguales, siguiendo el orden previsto en aquella preceptiva y las partidas computables para el efecto, como lo hiciera el juzgador de primera instancia.

Y ha de destacarse que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado, en casos similares al debatido, que, *“no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar (…)”5.*

Ahora, la Sala observa que, en el fallo de primera instancia, el a- quo no ordenó descontar lo pagado al demandante por concepto de indemnización por muerte conforme lo resuelto en la Resolución No. 8142 del 17 de agosto de 1994. Al respecto, considera necesario adicionar la sentencia apelada a efectos de ordenar el descuento de lo que la entidad efectivamente hubiere pagado a José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas por virtud de la compensación por muerte de su hijo, equivalente a 48 meses de los haberes correspondientes, como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, en los términos ordenados en ese acto administrativo. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha establecido pacíficamente, ejemplo de ello, se encuentra en las reglas de unificación desarrolladas en la sentencia de unificación SUJ-009-S2, así:

“(…) 2. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, ***deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte en simple actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional***.

5 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. César Palomino Cortés, Sentencia del 31 de mayo de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 05001-23-33-000- 2015-01678-01. Número interno: 2493-2017. Igualmente, sentencia de 1 de abril de 2004. Rad. 1994-2003. MP. Nicolás Pájaro Peñaranda; sentencia 30 de octubre de 2008, Rad. 8626-2005. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez y sentencia del 7 de julio de dos mil once (2011) Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

3. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; ***v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que afecte su mínimo vital.*** (…)” (Destacado de la Sala)

En ese orden de ideas y en atención a lo mencionado, esta Sala adicionará a la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se ordenó el descuento de lo pagado por concepto de la compensación por muerte del soldado José Avelino Dueñas Barrera, pagado a José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas en su condición de padres.

Por consiguiente, dando respuesta al problema jurídico planteado, era dable inaplicar en el caso concreto el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 al vulnerar los derechos constitucionales a la igualdad y a la favorabilidad en materia de seguridad social de José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas en su condición de padres del soldado regular José Avelino Dueñas Barrera, como quiera que no contemplaba la posibilidad de reconocerles a su favor una pensión de sobreviviente, como lo hizo el a-quo. Y se adicionará el fallo en un numeral para ordenar a la entidad demandada descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado.

## 3.3.- De las costas y agencias en derecho.

En la actualidad, para los procesos contenciosos administrativos, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Dicha norma

fue recientemente adicionada por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el siguiente sentido: *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.*

Como quiera que dicha adición se refiere al evento en que la demanda no prospere, por evidente carencia de fundamento legal, lo procedente entonces es aplicar, en el presente caso en sede de segunda instancia, el inciso primero del artículo 188 del CPACA.

Ahora, el Consejo de Estado ha indicado que la condena en costas no hace referencia a su imposición de manera objetiva sin que medie sustento alguno que permita evidenciar la conducta de las partes. Es necesario aclarar que la norma alude a la obligación que tiene el Juez de pronunciarse sobre su procedencia, tal como se explica a continuación:

“… Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”.

En cuanto a la procedencia, si bien en la Ley 1437 del 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, que refiere a la facultad del juez de analizar la conducta asumida por las partes, no puede considerarse que la condena en costas opere de manera automática para el vencido en el proceso, pues a efectos de imponerla, el funcionario judicial deberá analizar si se causaron, situación que deberá ser examinada en cada caso.

Para tal efecto, el artículo 365 del CGP, dispone que *“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*; que, *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”*; que, *“4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*, y que, *“8. Solo*

*habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron*

*y en la medida de su comprobación”*.

Conforme a la actual interpretación que sobre las costas es acogida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el artículo 188 del CPACA entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe emerger del estudio de distintos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas. Por ello, se ha concluido que el actual criterio es objetivo-valorativo.

En el caso concreto, la Sala observa que el recurso propuesto por la entidad accionada no prosperó, sin embargo, no se encuentra comprobada la causación de costas en esta instancia, en tanto la parte actora no emitió pronunciamiento alguno, razón por la que no se efectuará condena alguna a cargo de aquella en este aspecto.

# DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia del 26 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** un numeral al fallo impugnado en el sentido de **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional

– Ejército Nacional, el descuento de la compensación por muerte reconocida a los señores José Raúl Dueñas Dueñas y María Inés Barrera de Dueñas, mediante la Resolución 8142 del 17 de agosto de 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en todo caso, si el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que afecte su mínimo vital.

**TERCERO.- SIN** condena en costas en esta instancia.

**CUARTO.-** En firme esta providencia, por Secretaría, comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

**QUINTO.-** Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese registro en SAMAI.

*Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.*

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

*(firmado electrónicamente en SAMAI)*

## DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

Mch.