



273
273

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 14 de marzo de 2019.

Radicación: 05001-23-33-000-2014-02197-01
N° Interno: 0870-2017
Demandantes: Marta Magdalena García Cortés
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Tema: Soldados voluntarios - Pensión de sobrevivientes - muerte en actos propios del servicio o en actividad / Aplicación de la Ley 100 de 1993 / Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes / Dependencia económica.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO¹

1. Decide la Sala² el recurso apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 29 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Marta Magdalena García Cortés, encaminadas al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, el Soldado Jorge Eliecer Zapata García.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones³.

2. La señora Marta Magdalena García Cortés, a través de apoderado especial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad del Oficio OFI10-94784 MDSGDVBSGPS – 22 de 11 de noviembre de 2010, expedido por la Coordinadora

¹ Los párrafos se enumeran en consecutivo para facilitar la consulta y cita de la sentencia.

² El expediente ingresó al Despacho el 4 de agosto de 2017, según informe de visible a folio 272.

³ Folios 6 y 7.

del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se le negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

3. A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la demandada, reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes, ocasionada por el deceso de su hijo, el señor soldado voluntario del Ejército Nacional, Jorge Eliecer Zapata García, a partir del 21 de marzo de 1997, momento del fallecimiento, sin perjuicio de la prescripción correspondiente. En subsidio, pide que se le reconozca una pensión de sobreviviente en monto de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en los términos de la Ley 100 de 1993⁴, que se reconozcan intereses moratorios, que el fallo sea cumplido en los términos de la ley y que se condene en costas procesales a la entidad demandada.

2.2 Hechos.

4. Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica de la parte demandante, así:

5. Informó, que la demandante en unión extramatrimonial con el señor Martín Emilio Zapata Ortega, procrearon a Jorge Eliecer Zapata García, nacido el 8 de junio de 1972 y que el padre de su hijo falleció el 21 de marzo de 1978.

6. Señaló, que su hijo Jorge Eliecer Zapata García prestó el servicio militar obligatorio en el año 1993 y posteriormente, ingresó al Ejército Nacional el 30 de abril de 1996, mediante Orden Administrativa de Personal 1056 de esa fecha para prestar el servicio militar en el Batallón “Héroes de Barbacoas”, en condición de soldado voluntario.

7. Afirmó, que el día 21 de marzo de 1997, encontrándose en servicio activo, el causante sufrió un accidente de tránsito en el que falleció y su muerte fue calificada como en actos propios del servicio, por parte de la entidad demandada.

8. Indicó, que para el momento de su fallecimiento, el causante contaba con 10 meses y 21 días de servicio, que se encontraba soltero y no había procreado hijos.

⁴ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

9. Adujo, que mediante Resolución 10918 de 26 de agosto de 1997, la entidad le reconoció a la demandante una compensación por muerte en un 50% equivalente a 36 meses de sueldo básico devengado para la época de los hechos por un Cabo Segundo y dejó en suspenso el reconocimiento del otro 50% de la prestación.

10. Sostuvo, que el 13 de julio de 2010, la demandante solicitó al Ejército Nacional el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, petición que fue resuelta de forma negativa mediante el acto demandado, argumentando que el Decreto 2728 de 1968, norma vigente para la época del fallecimiento, no contemplaba el reconocimiento de esa prestación a favor de los beneficiarios de los soldados fallecidos en servicio.

2.3. Normas vulneradas y concepto de violación⁵.

11. Como disposiciones vulneradas, la parte demandante citó las siguientes:

12. Artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 23, 29, 48, 53 y el preámbulo de la Constitución Política; Ley 100 de 1993, los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 10, 11, 13 literal f, 15, 46, 47, 48; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Decreto 2728 de 1968, artículo 8°.

13. Para sustentar sus argumentos refiere la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Bertha Ramírez de Páez, de 4 de julio de 2013, radicación 05001-23-31-000-2008-00975-01(2285-12), demandante Aleyda María Palacio Palacio, demandado Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional.

14. Sostuvo, que para negar la petición de reconocimiento pensional, la entidad demandada se fundamentó en que 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 y que esa norma no consagra el derecho para los beneficiarios del soldado muerto a obtener una pensión de sobrevivientes, como sí lo contempla la Ley 100 de 1993, sino que se determina el ascenso póstumo y el reconocimiento de una indemnización.

⁵ Folios 4 a 8.

15. Agregó, que la demandante es una persona de 71 años de edad, que no posee bienes propios ni recibe rentas ni pensión alguna, vive en absoluta pobreza, que su estado de salud es grave y que fue solo en el año 2010 que se enteró por terceras personas que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

2.4 Contestación de la demanda⁶.

16. La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que el acto acusado goza de las características de legalidad y validez, pues fue expedido por la entidad atendiendo la normatividad vigente para el momento del fallecimiento del soldado voluntario.

17. Adujo, que el Decreto 2718 de 1968 no consagraba el derecho a la pensión de sobreviviente, solo establecía el derecho a un ascenso póstumo y el pago a favor de los familiares de una indemnización.

18. Aseguró, que la actora no acreditó el requisito de la dependencia económica, teniendo en cuenta que desde el fallecimiento del soldado voluntario y la fecha de reclamación de la pensión de sobreviviente, transcurrieron 17 años, siendo evidente que si en el pasado dependía económicamente de su hijo, hubiera reclamado su derecho con anterioridad.

19. Solicitó, que en caso de que se declare la nulidad de los actos demandados, se de aplicación a la prescripción cuatrienal, establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

2.5 La sentencia de primera instancia⁷.

20. El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte demandada.

21. Afirmó, que los soldados del Ejército Nacional tienen un régimen especial contenido en el Decreto 2728 de 1968⁸, que establece el reconocimiento y pago de

⁶ Folios 81 a 93.

⁷ Folios 233 a 243.

⁸ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

una indemnización equivalente a treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

22. Dijo, que el Decreto 1211 de 1990⁹, establece en su artículo 189 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: i) El ascenso póstumo y ii) el reconocimiento de una pensión de sobreviviente.

23. Precisó, que la muerte del Soldado se calificó administrativamente como «*accidente en misión del servicio*», es decir, no en combate o por acción directa del enemigo, hecho que excluye la posibilidad de aplicarle el régimen especial contenido en los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, disposiciones que consagran el derecho a la pensión de sobrevivientes, pero únicamente cuando el uniformado muere en combate y es ascendido póstumamente.

24. Indicó, que el fallecimiento se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma general que consagra el Sistema General de Pensiones, la cual si bien excluye de su aplicación a los miembros de la fuerza pública, por tratarse de un régimen especial, en materia pensional se ha hecho extensiva su aplicación en virtud de los principios de favorabilidad e igualdad en aquellos eventos en los que el fallecimiento de quien causa el derecho tiene lugar durante la vigencia de la citada ley. Esto vía jurisprudencial.

25. Aseguró, que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, exigía para el reconocimiento pensional como período de cotización al momento del fallecimiento del soldado voluntario, en el año 1997, un total de 26 semanas o, en caso de haber dejado de cotizar, haberla realizado en el año anterior a su acaecimiento y que en este caso se acreditan 49,5 semanas, tiempo que resulta homologable y a su vez, supera las exigencias de la mencionada norma.

26. Concluyó, que la cuantía de la prestación debe liquidarse en el 45% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que el monto de las mesadas pensionales no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de

⁹ "Por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares"

conformidad con los mandatos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, a partir del 28 de julio de 2007, por prescripción trienal.

27. Finalmente, condenó en costas a la entidad demandada, dando aplicación a los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 de la Ley 1564 de 2012.

2.6 Recurso de apelación¹⁰.

28. La **parte demandada** apela la sentencia de primera instancia, con el propósito de que sea revocada y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda. Para fundamentar su petición, aduce que la muerte del soldado voluntario José Eliecer Zapata García ocurrió en «*misión de servicio*», no en actos meritorios del servicio ni en combate, de manera que esa circunstancia modal no permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

29. Considera, que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en calidad de madre de un ex soldado voluntario, en aplicación del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, es improcedente porque el Régimen Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es un régimen especial y por lo tanto, no puede ser regulado por esa ley ordinaria. Además porque esa declaración generaría un detrimento patrimonial para el Estado.

30. Dijo, que en caso de confirmar el fallo de primera instancia y ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, se descuenten los valores que por indemnización y compensación por muerte se reconocieron a la demandante y se revoque la condena en costas.

2.7 Alegatos en segunda instancia

31. Las **partes demandante y demandada** se abstuvieron de presentar sus conclusiones finales. El Delegado del **Ministerio Público**, dispuesto el término legal, se abstuvo de rendir su concepto.

32. Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual tiene en cuenta las siguientes,

¹⁰ Folios 245 a 251.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Problema Jurídico.

33. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia estimatoria, la Sala debe determinar, si los beneficiarios de un soldado voluntario muerto en *«misión de servicio»*, simplemente en actividad o por causa o razón del servicio, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del Régimen General de Seguridad Social, establecido en la Ley 100 de 1993.

3.2 De la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado voluntario en el caso que su muerte se produzca simplemente en actividad.

34. La pensión de sobrevivientes se enmarca dentro del derecho a la seguridad social y tiene como finalidad primordial, la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido su fallecimiento, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa.

35. En lo que tiene que ver con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, la Sala precisa que el artículo 19 de la Ley 352 de 1997, *«Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional»*, determinó dos clases de afiliados a ese sistema así: i) los sometidos al régimen de cotización y los no sometidos a dicho régimen.

36. Dentro de los primeros, es decir, los afiliados sometidos al régimen se encuentran: i) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo; ii) los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión; iii) el personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado, activo y pensionado de la Policía Nacional; iv) **los soldados voluntarios**; v) los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional; vi) los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional;

viii) los servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional que deseen vincularse al SSMP; viii) los estudiantes de pregrado y posgrado de ciencias médicas y paramédicas que presten sus servicios en los establecimientos de sanidad del SSMP.

37. Por otra parte, 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»*, en el artículo 8° estableció algunas prestaciones de carácter económico a favor de los beneficiarios de los soldados que en servicio activo mueren *«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»*. También estableció la prestación cuando la muerte ocurre simplemente en actividad, de la siguiente forma:

« 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.».

38. Tal y como se puede observar, la citada normatividad no estipuló el derecho de obtener una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado muerto, pues solo determinó una compensación por muerte en caso de que el soldado hubiese fallecido en combate, misión u otras causas.

39. No obstante, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reformó el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 189, contenido en la Sección de Prestaciones por Muerte en Actividad, estipuló lo siguiente:

« **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

224
277

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.

[...]»

40. Nótese que el citado artículo estableció 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.

41. Esta Corporación¹¹ ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad, así como proteger el núcleo familiar del soldado **muerto en combate** es viable aplicar el Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados y las previstas por aquella norma, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias, reconocimiento que no se hecho efectivo a los beneficiarios de los soldados muertos en misión o simplemente en actividad.

3.3 Pensión de sobrevivientes en el régimen general

42. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, regula lo concerniente a la pensión de sobrevivientes en el Régimen General de Seguridad Social, en lo que tiene que ver con los requisitos y beneficiarios, en sus artículos 46 y 47, así:

¹¹ Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00472-01(4140-17), actor: María Natividad Pérez de Sierra y Luis Domingo Sierra Rincón, demandado: Nación - Ministerio de Bogotá D.C., de 31 de octubre de 2018.

«ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a) **Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y**
 - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley».

(Lo subrayado es de la Sala).

43. El referido artículo 47, dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> **Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:**

[...]

c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derechos, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este, y ».

[...]

44. Conforme al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los padres del causante deben demostrar que dependían económicamente del causante.

45. La cuantía de la prestación está determinada en el artículo 48 de la norma, de la siguiente manera:

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

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

225
278

46. Conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los miembros de las Fuerzas Militares están excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones allí previsto; sin embargo, la misma normatividad en el artículo 288 dispone lo siguiente:

«ARTICULO 288.- Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley»

(Subrayado fuera de texto).

47. Así las cosas, pese a que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que se exceptúan de la aplicación del régimen general de pensiones los servidores de las Fuerzas Militares, en el artículo 288 *ibidem* se hace una excepción cuando dispone que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se le aplique cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley.

48. El Consejo de Estado ha ordenado que, con fundamento en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional¹², en consecuencia, realizado el análisis de la situación de la persona que muere simplemente en actividad, durante la prestación del servicio como soldado voluntario, la Sala considera que se habilita la aplicación de la regla de favorabilidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, de manera preferente a la del régimen especial contenido en el Decreto 2728 de 1968.

3.4 Caso concreto

49. Observa la Sala que el *a quo* reconoció a la demandante, señora Marta Magdalena García Cortés, una pensión de sobrevivientes en su condición de madre

¹² Sobre el tema, se puede consultar, entre otras, la Sentencia de unificación de 12 de abril de 2018, radicación 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)CE-SUJ2-010-18 y Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007), actor: William Tapiero Mejía, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional; subsección B, 76001233100020080061301(1895-14), actor: Carlos Alberto Escudero Suaza, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.

del Soldado voluntario Jorge Eliecer Zapata García (q.e.p.d.), quien falleció en actos propios del servicio el 21 de marzo de 1997¹³, de acuerdo con el régimen prestacional general establecido en la Ley 100 de 1993.

50. La demandada, en su condición de apelante único, discrepa de tales conclusiones al considerar que la muerte del causante ocurrió en «*misión de servicio*» no en actos meritorios del servicio ni en combate, de manera que esa circunstancia modal no permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el régimen establecido a favor de los Soldados voluntarios, ni de los suboficiales del Ejército Nacional, ni se puede aplicar el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 porque el Régimen Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es un régimen especial exceptuado por la ley ordinaria.

51. Para resolver los extremos que comprenden la apelación, la Sala acudirá a la prueba obrante en la actuación, encontrando lo siguiente:

52. El causante, Jorge Eliecer Zapata García prestó el servicio militar, fue dado de alta como soldado voluntario del Ejército Nacional desde el 30 de abril de 1996 y permaneció en esa condición hasta el 21 de marzo de 1997, cuando fue dado de baja por defunción¹⁴, completando un tiempo total de servicios de 10 meses y 21 días¹⁵.

53. Según consta en el Registro de Defunción¹⁶ e informe de accidente de tránsito¹⁷, el señor Jorge Eliecer Zapata García falleció el 21 de marzo de 1997 por choque cardioendogénico. De conformidad con el informe administrativo 067 de esa fecha, expedido por el comandante del Batallón de Contraaguerrillas 42 «*Héroes de Barbacoas*», el deceso ocurrió «*en servicio, por causa y razón del mismo.*»¹⁸

54. De acuerdo con el Registro Civil de Nacimiento, el causante Jorge Eliecer Zapata García nació el 8 de junio de 1972 y le figuran como padres los señores

¹³ De acuerdo con el Informe Administrativo de 21 de marzo de 1997, visible a folio 28.

¹⁴ Folio 29.

¹⁵ Folio 32.

¹⁶ Folio 19.

¹⁷ Folios 21 a 25.

¹⁸ Visible a folio 28.

Martín Zapata y Marta Magdalena García¹⁹. El padre falleció el 21 de marzo de 1978.²⁰

55. Mediante Resolución 10918 del 25 de agosto de 1997²¹, expedida por el Subsecretario General del Ejército Nacional a la demandante se le reconoció el 50% del valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por muerte.

56. En cuanto a la actuación administrativa, la Sala encuentra que a través de petición Ext10-74170 de 28 de julio 2010²², la demandante por medio de apoderado, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del fallecido Soldado voluntario Jorge Eliecer Zapata García, petición que fue negada por medio del Oficio OFI10-94784 MDSGDVBSGPS – 22 de 11 de noviembre de 2010, expedido por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, al considerar que el Decreto 2728 de 1968 no establecía el reconocimiento de una prestación pensional a favor de los ascendientes o descendientes de los soldados muertos por accidente en misión de servicio.

57. Se encuentra demostrado que el deceso del causante ocurrió cuando se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, norma que en su artículo 46, exigía para el momento del fallecimiento del soldado voluntario, el 21 de marzo de 1997, un total de 26 semanas²³ como período de cotización ó, en caso de haber dejado de cotizar, haberla realizado en el año anterior a su acaecimiento.

58. Conforme a las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que el causante prestó sus servicios como soldado voluntario del Ejército Nacional desde el 30 de abril de 1996 hasta el 21 de marzo de 1997 es decir 10 meses y 21 días, periodo que equivale a 42,8 semanas y supera las 26 semanas de cotización que exige la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios del derecho a la pensión de sobreviviente.

59. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 47 *ibídem* que establece que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia los padres del

¹⁹ Folio 46.

²⁰ Según registro de folio 52.

²¹ Folios 29 a 31.

²² Folios 15 a 18.

²³ Modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003. Artículo 12. "...Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones..."

causante si dependían económicamente de este, la Sala procederá a verificar si la demandante cumple el referido requisito respecto de su hijo fallecido. El contenido de la norma es el siguiente:

[...]

«c) A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los **padres** del causante **si dependían económicamente de éste**, y»

(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

60. Para demostrar la afirmación realizada en la demanda, según la cual a demandante dependía de los ingresos económicos que su hijo percibía del Ejército Nacional por la prestación del servicio en calidad de soldado voluntario, se presentaron las declaraciones rendidas ante la Notaría 18 del Circulo de Medellín por las señoras Patricia Elena Henao Morales y Nora Isabel Fonnegra Quintana²⁴, quienes manifestaron que eran amigas de la familia desde hacía más de 20 años y por ese hecho les constaba que la demandante y el hermano Carlos Arturo Zapata García, paciente de enfermedad mental, dependían económica y afectivamente de su hijo y hermano, el soldado voluntario Jorge Eliecer Zapata García, fallecido el 21 de marzo de 1997.

61. Se precisa que la dependencia económica no puede asimilarse a la carencia total de recursos económicos, sino a la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia, concepto que debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal como se estableció en la Sentencia de unificación de 12 de abril de 2018, radicación 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15)CE-SUJ2-010-18, citada en anterior consideración.

62. En este aspecto, se observa que la demandante es persona adulta mayor de 77 años de edad²⁵ y que a pesar que transcurrieron 13 años desde la muerte del causante y la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional, al expediente se aportaron declaraciones extra proceso donde se afirmó que dependía

²⁴ Visible a folios 53 y vuelto.

²⁵ La demandante nació el 11 de febrero de 1942, según copia de la Cédula de Ciudadanía de folio 51.

227
082
280

económica y afectivamente del causante. Misma circunstancia que se afirmó en la solicitud de reconocimiento pensional de folio 16.

63. De lo anterior, se puede deducir que el soldado voluntario Jorge Eliecer Zapata García contribuyó en vida, al soporte económico de su hogar materno, de manera que se torna necesario dispensar la protección especial a la demandante, en su condición de persona que, por su condición económica y física, se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

64. De acuerdo con las consideraciones que anteceden y que se probó que el causante laboró durante 10 meses y 21 días al servicio del Ejército Nacional, que corresponden a un total de 42,8 semanas, conforme con los mandatos de los artículo 34 y 35 de la Ley 100 de 1993²⁶, la cuantía de la prestación se determina en 45% del ingreso base de liquidación del causante, monto que no podrá ser inferior un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, conforme a las normas indicadas, tal y como lo determinó el *a quo*.

65. De los valores que se reconocen por concepto de pensión de sobrevivientes se debe ordenar el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la señora Marta Magdalena García Cortés, a través de la Resolución 10918 del 25 de agosto de 1997²⁷, expedida por el Subsecretario General del Ejército Nacional a la demandante se le reconoció el 50% del valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por muerte, en los términos del Decreto 2728 de 1968, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cubierta con el reconocimiento pensional que se ordena. Tal descuento deberá ser proporcional a lo recibido por la demandante, conforme al criterio jurisprudencia establecido por esta corporación²⁸.

66. En lo que tiene que ver con el término prescriptivo en relación con las mesadas pensionales, se tiene en cuenta el término trienal, establecido en el régimen general conformado por los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968; de manera que se mantiene la decisión del *a quo* que dispuso el reconocimiento a partir del 28 de julio

²⁶ "ARTÍCULO 35. PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ O JUBILACIÓN. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente (...)."

²⁷ Folios 29 a 31.

²⁸ Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-002-CE-S2 del 2018.

de 2007, tomando en cuenta la fecha de presentación de la petición en sede administrativa, 28 de julio de 2010²⁹.

3.4 Decisión de segunda instancia.

67. En tal virtud, se confirmará la sentencia apelada en cuanto dispuso el reconocimiento pensional, se adicionará en el sentido de ordenar la devolución de los dineros percibidos por concepto de compensación por muerte, conforme se indicó en consideración anterior y se revocará la condena en costas, conforme a lo que sigue.

3.5 Costas procesales.-

68. Las costas, son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho.

69. De esta manera, el artículo 188 del CPACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.

70. En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del CGP, regulan su condena y liquidación, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

²⁹ Folios 15 a 18.

228
281

71. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala³⁰ en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

72. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, esta sentencia revocará la condena en costas a la entidad demandada.

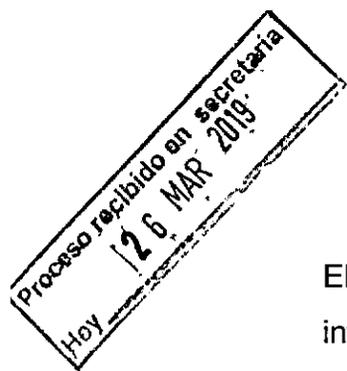
En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACION la sentencia de 29 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo Antioquia que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Marta Magdalena García Cortés, en cuanto dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuyo numeral **TERCERO** quedará así:

«**TERCERO:** Condenar a la **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** reconocerle, liquidarle y pagarle a la señora **MARTA MAGDALENA GARCÍA CORTES**, la pensión de sobrevivientes del causante Jorge Eliecer Zapata García, con efectos a partir del 28 de julio de 2007, en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación del causante y teniendo en cuenta los reajustes previstos en la ley y las mesadas adicionales que se hayan causado desde la misma fecha.

³⁰ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.



El monto del beneficio pensional reconocido, en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo previsto por los artículos 35 y 48 de la Ley 100 de 1993.

Descontar lo pagado por la entidad demandada a la señora Marta Magdalena García Cortés, a través de la Resolución 10918 del 25 de agosto de 1997³¹, expedida por el Subsecretario General del Ejército Nacional, por medio de la cual se le reconoció el 50% del valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por muerte, debidamente indexado.»

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **OCTAVO** y en su lugar, la Sala se abstiene de condenar en costas al vencido, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

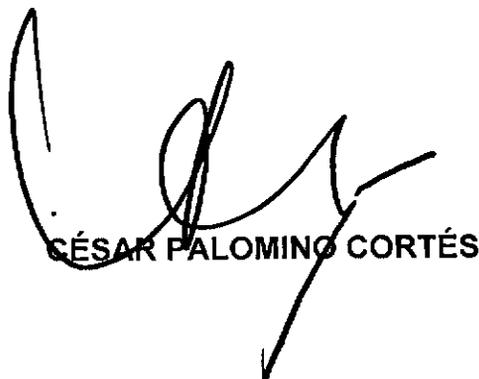
TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS

³¹ Folios 29 a 31.