



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicado No.	660012333000201300432 01
No. Interno:	4826-2014
Actores:	Luz Angélica Yande y Delio Rodriguez Cometa.
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Trámite:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Determinar la viabilidad del reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte en combate¹ y establecer si se deben devolver las

¹ Decreto 1211 de 1990.

*“(…) **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*

sumas reconocidas por concepto de compensación.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 23 de octubre de 2015², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades que deban ser saneadas, para decidir los recursos interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 17 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES³

Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa, por intermedio de apoderado judicial⁴, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentaron demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio OFI12-59707 MDSGDVBSGPS -1.10 de 25 de junio de 2012, a través del cual la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio

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:

(...)

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 (...)"

² Informe visible a folio 223.

³ Demanda visible a folios 19 a 40.

⁴ El abogado Cesar Rojas Rodríguez.

de Defensa les negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo, el señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.).

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 15 de abril de 1999, fecha en que falleció el señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.), en los términos dispuestos por el Decreto 1211 de 1990, incluyendo todas las prestaciones propias de un Cabo Segundo⁵; la abstención de ordenar cualquier reembolso de dinero pagado como compensación por la muerte del mencionado señor; y, dar aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de los demandantes, así:

Señaló que los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa son los padres del señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.), quien ingresó a prestar servicio militar obligatorio el 28 de diciembre de 1998 y, a partir del 6 de febrero de 2000, siguió la actividad militar como soldado voluntario; no obstante, el 17 de marzo de 2000 mientras realizaba actividades de registro en el corregimiento de Santa Cecilia (Risaralda), fue muerto en combate por parte del grupo guerrillero de las FARC.

Expresó que mediante Resolución 00766 de 1 de septiembre de 2000 el Comandante del Ejército Nacional, en uso de las facultades conferidas por el Decreto 1211 de 1990, consideró que la muerte del señor Wiltón Rodríguez

⁵ Grado al cual fue ascendido de forma póstuma.

Yande (q.e.p.d.) fue en combate por acción directa del enemigo, y por ende, fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo. Por lo anterior, a través de la Resolución 15149 de 15 de septiembre de 2000 el Subjefe del Estado Mayor del Ejército Nacional les reconoció a los padres del causante el pago de cesantías definitivas y una compensación por muerte equivalente a 4 años de haberes correspondientes al grado conferido, atendiendo lo dispuesto en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990⁶.

Comentó que el 5 de junio de 2012 solicitaron ante a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército el reconocimiento y pago de la pensión por la muerte de su hijo, sin embargo por medio del Oficio OF112-59707MDSGDVBSGPS -1.10 de 25 de junio de 2012 la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa les negó tal petición bajo el argumento de que el Decreto No. 2728 de 1968⁷ no estableció este beneficio.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

⁶ “(...) **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:

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.

(...)”

⁷ “(...) Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares (...)”.

Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 13, 29, 46, 48, 53, 209, 217, 228 y 230; Leyes 131 de 1985, artículo 3; 100 de 1993, artículo 46, Decretos 2728 de 1968, artículos 8 y 10; 370 de 1991, artículo 3; 1211 de 1990, artículos 158, 185 y 189.

Como concepto de violación de las normas invocadas, los demandantes consideraron que el acto acusado está viciado de nulidad por las siguientes razones:

En su sentir, se ha vulnerado el derecho a la igualdad porque ha existido un trato discriminatorio al negarles la pensión de sobreviviente, máxime cuando la muerte de su hijo se produjo en combate y como consecuencia de ello fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo.

Enunció que la finalidad de la citada prestación es que se proteja y brinde de alguna forma a las personas que dependían económicamente del causante en el mismo grado de seguridad social y económica con la que contaba cuando éste vivía. Al respecto, el Consejo de Estado⁸ ha defendido esta tesis señalando que es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones del orden público y como consecuencia de ello les conceda una compensación, pero no se les conceda una pensión porque supuestamente se les deba aplicar el Decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990, es por ello que debe aplicarse el principio de favorabilidad.

Pidió, en caso de no ser reconocidas las mesadas pensionales desde la ocurrencia de los hechos, que se aplique la prescripción establecida en el

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 1º de abril de 2004, Actor: Concepción Gómez, Radicado No. 070012331000200101619-01, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 donde se establece que este fenómeno se configura una vez han transcurrido 4 años.

1.3 Contestación de la demanda.

El apoderado del Ministerio de Defensa solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁹.

Argumentó que al momento de la muerte del señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.) se encontraba vigente el Decreto 2728 de 1968, razón por la que se reconocieron las prestaciones a que había lugar a través de la Resolución 15149 de 15 de septiembre de 2000.

Destacó que el citado señor al momento de su fallecimiento tenía la calidad de soldado voluntario mas no la de Oficial o Suboficial, por ende, el régimen que le resulta aplicable es el de los soldados voluntarios, puesto que el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 enunció que *“a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo”*.

1.4 La sentencia apelada¹⁰.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia de 17 de julio de 2014, declaró la nulidad del acto acusado; ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en los términos que establece el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990¹¹ aplicando la prescripción a las mesadas

⁹ Visible a folios 76 a 80 del expediente.

¹⁰ Visible a folios 104 a 124 del expediente.

¹¹ “(...) **ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES.** Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

causadas con anterioridad al 5 de junio de 2008 y con la correspondiente indexación; indicó que se debía dar aplicación a los artículos 187, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; condenó en costas a la entidad demandada; y, pidió que se descontara de las sumas adeudadas, lo cancelado por concepto de compensación. Lo anterior con fundamento en lo siguiente.

Expresó que el Consejo de Estado¹² ha encontrado que entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990 para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en las mismas circunstancias, existe un trato discriminatorio el cual es violatorio de las garantías constitucionales tales como la igualdad y la seguridad social.

-
- *Sueldo básico.*
 - *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
 - *Prima de antigüedad.*
 - *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
 - *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
 - *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
 - *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
 - *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*
 - *Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998. Ver Notas de Vigencia>*

(...)"

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 2 de agosto de 2012, radicado: 0500123310000200200672 01, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Indicó que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados voluntarios que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida a los beneficiarios la pensión de sobrevivientes; es por ello que se ha inaplicado el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de esta prestación, para que en su lugar, se aplique el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y con ello se reconozca su pago a favor de los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

Anotó que como el señor Wiltón Rodríguez Yande prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 1 año, 5 meses y 14 días, el monto de la pensión de sobreviviente reclamada por los demandantes deberá ser reconocida y pagada por el ente demandado de acuerdo a los términos previstos en el literal d) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, esto es, debe reconocerse y liquidarse en el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibídem*.

Autorizó al Ejército Nacional para que la suma dineraria pagada a los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa una por concepto de compensación, sea descontada del respectivo retroactivo una vez se liquide el monto pensional a favor de los demandantes.

Advirtió que debido a que la pensión de sobrevivientes se debe reconocer a favor de los demandantes a partir del 17 de marzo de 2000, se deberá indexar la primera mesada pensional al 5 de junio de 2008, fecha a partir de la cual la entidad demandada empezará a pagar las mesadas pensionales por efectos de la aplicación de la prescripción cuatrienal.

Finalmente dispuso condenar en costas a la parte vencida de conformidad a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.5 El recurso de apelación

Las partes demandante y demandada interpusieron recurso de apelación con fundamento los siguientes argumentos:

Parte demandante¹³:

La sentencia que profirió el *A - quo* debe confirmarse salvo el numeral segundo, en cuanto ordenó descontar lo pagado por compensación, puesto que no es posible que se manifieste que el acto administrativo que negó la pensión contaría los principios constitucionales, cuando se evidencia un trato discriminatorio hacía el causante al momento en que se le retira a los beneficiarios tal reconocimiento.

Parte demandada¹⁴.

Indicó que la Ley aplicable a los beneficiarios del causante es el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990 ya que el ascenso póstumo se presentó juntamente después del fallecimiento.

Añadió que el régimen prestacional que se encontraba vigente para los soldados era el Decreto 2728 de 1968, puesto que para la fecha en que se expidió la Ley 131 de 1985 no existía legislación alguna respecto del

¹³ Visible a folios 137 a 142.

¹⁴ Visible a folios 134 a 136

reconocimiento de pensión de sobrevivientes o por muerte de soldados voluntarios.

1.6 Concepto del Ministerio Público¹⁵.

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia del *A – quo* y revocar en cuanto ordenó al descuento de las sumas recibidas por compensación por muerte y condenó en costas a la entidad demandada. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

Destacó que si bien es cierto existe un trato diferenciado entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias; no se puede desconocer que el Consejo de Estado¹⁶ ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad y proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate es procedente aplicar el último Decreto con el fin de reconocer la pensión de sobrevivientes.

Por lo anterior concluyó que es viable inaplicar el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicar el artículo 189 del Decreto

¹⁵ Visible a folios 214 a 222 Vto.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 7 de julio de 2011, radicado 700012331000200400832 – 01, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

1211 de 1990 toda vez que esta normatividad reconoce la citada prestación a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, ya que finalmente al ser ascendido en forma póstuma adquirió el grado de suboficial.

Agregó que de acuerdo a lo estipulado en el mencionado marco normativo, la indemnización por muerte del suboficial o del oficial no es incompatible con la pensión de sobrevivientes, por ello no hay lugar a devolver las sumas que se pagaron por concepto de compensación.

Finalmente estipuló que el *A – quo* no expuso la razón para imponer las costas, ya que esta condena debía ser el resultado de una serie de factores como temeridad y mala fe, razón por la que se debe revocar en cuanto a esto se refiere.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Atendiendo a los motivos de oposición aducidos tanto por la parte demandante como la demandada y conforme al material probatorio obrante en el expediente, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar si los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990¹⁷; en caso afirmativo, se

¹⁷ “(...) **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.

debe establecer si los mencionados señores tienen que devolver las sumas que se les pagó por concepto de compensación y, además, si la entidad demandada puede ser condenada en costas.

i) De la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado profesional en el caso que su muerte se produzca en combate

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo. En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

En este contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto de general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil. Lo anterior por cuanto, mientras los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido, los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban

Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

(...)

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.

(...)”. (Lo subrayado es de la Sala).

en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.

Bajo ese contexto debe decirse, 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”*, en el artículo 8° estableció algunas prestaciones de carácter económico a favor 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”*. Al respecto, la norma en referencia preceptuó:

“(…) 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.”

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 o por diferentes causas.

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 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.

(…)”. (Lo subrayado es de la Sala).

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.

En cuanto al orden de beneficiarios al que se refiere esta normatividad, el artículo 185 *ibídem* señaló que:

“(...) Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

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

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

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

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (...)”.

Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias; es por ello que en casos con contornos similares al presente, esta Corporación ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad, así como proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, es viable

aplicar el Decreto 1211 de 1990 con el objetivo de reconocer la pensión de sobrevivientes prevista en dicho régimen. Al respecto, se ha sostenido¹⁸:

(...)

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (...).

ii) Del caso concreto

Observa la Sala que mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa, en su condición de padres del soldado Wiltón Rodríguez Yande, quien falleció en actos propios del servicio el 17 de marzo de 2000¹⁹, pretenden el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente de acuerdo con el régimen prestacional previsto para los miembros de las Fuerzas Militares, en el Decreto 1211 de 1990.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 7 de julio de 2011, Radicación No.: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba.

¹⁹ De acuerdo con el Informe Administrativo de 19 de marzo de 2000 visible a folio 7.

En efecto, los demandantes el 5 de junio de 2012, con fundamento en el Decreto 1211 de 1990, le solicitaron al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el reconocimiento y pago de la citada prestación pensional teniendo en cuenta que la muerte de su hijo se produjo en desarrollo de actos propios del servicio²⁰.

No obstante lo anterior, la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa mediante Oficio OFI12-59707 MDSGDVBSGPS - 1.10 de 25 de junio de 2012 negó la referida solicitud, con el argumento de 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 en combate. Para el efecto dispuso:

“(…)

Por el fallecimiento del señor WILTON RODRÍGUEZ YANDE (q.e.p.d.) se reconoció y ordenó pagar compensación por muerte y bonificación especial mediante Resolución No. 2859 de 2001, única prestaciones a que había lugar, teniendo en cuenta el Decreto 2728 de 1968, norma legal vigente y aplicable para la época de los hechos.

En el evento de haber hecho efectivo dichos valores, deberá dirigirse a la Tesorería Principal del Grupo Financiero de la Dirección Administrativa (…)”.

Debe señalarse del material probatorio allegado al expediente, que el señor Wiltón Rodríguez Yande ingresó a prestar sus servicios al Ejército Nacional, inicialmente como Soldado Regular desde el 2 de agosto de 1998 al 5 de diciembre de 1999 y, posteriormente, como Soldado Voluntario desde el 6 de febrero de 2000 al 17 de marzo de 2000, fecha en que falleció mientras adelantaba una operación de registro y control militar en el Corregimiento de

²⁰ Visible a folio 3 del expediente.

Santa Cecilia (Risaralda). Para el efecto en el Informe Administrativo de 19 de marzo de 2000 se estableció que

“(...) siendo aproximadamente las 23.00 horas del día viernes 17 de marzo del año en curso, la contraguerrilla bombarda 3 recibe la orden de desplazamiento hacía el corregimiento de Santa Cecilia donde en ese momento se encontraba siendo asaltada la población por subversivos del 47 frente de las FARC, llegando las tropas hasta el sitio llamado puente la unión. Antes de llegar al corregimiento de santa Cecilia, llegando al puente fueron enviados unos vehículos particulares con pasajeros con las luces encendidas, mencionados cruzaron el mismo y se les ordenó alto sin acatar la orden de la tropa los cuales llegando a la curva iluminando la patrulla que se encontraba en el sitio de inmediato se sintieron ráfagas de fusil producidas por los bandoleros, cayendo herido el soldado RODRÍGUEZ YANDE WILTÓN, donde más tarde falleció por causa del impacto de arma larga calibre 556 R-15 con entrada parte izquierda torácica con orificio de salida en la espalda, fue auxiliado por el soldado enfermero pero fue imposible salvarle la vida, más tarde se procedió a evacuar el soldado. (...)”.

Pues bien, observa la Sala que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, previsto en el Decreto 2728 de 1968, únicamente le reconocía su ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo y, a favor de sus ascendientes, una prestación indemnizatoria y el pago del auxilio de cesantías en doble proporción. Así las cosas, resulta evidente que cualquier prestación pensional, entre ellas, la reclamada por los demandantes, se encuentra excluida de los beneficios reconocidos a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio.

Se debe advertir con fundamento en lo establecido en el acápite anterior, que existe un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

Estima la Sala 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 que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

De hecho, no resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política²¹, la Sala en el caso concreto, tal y como lo dispuso el *A - quo*, inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos

²¹ “**Artículo 4º.**- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto, sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.

Sobre este particular, esta Sección en sentencia 30 de octubre de 2008, Rad. 8626-2005. se manifestó que:

“(...) En principio, como el hijo de los demandantes ostentaba la calidad de soldado regular no tendría derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales muertos en combate sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968.

El derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del soldado que muere en la prestación del servicio militar obligatorio fue consagrado en la Ley 447 de 21 de julio de 1998. (...)

Si bien la normatividad en cita establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, razón ésta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate.”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.) prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 1 año, 5 meses y 19 días el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el literal d, del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, debe ser equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibídem*, tal y como lo señaló el A - quo.

De otro lado, en lo que se refiere al argumento que expuso la parte demandante, según el cual, no es posible la devolución de lo pagado por compensación de la muerte del señor Wiltón Rodríguez Yande (q.e.p.d.), se tiene que, al comparar tanto el Decreto 2728 de 1968 como el 1211 de 1990, se advierte que ambas normas son coincidentes en una indemnización que corresponde al reconocimiento de cuarenta y ocho meses (cuatro años) de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas, quiere decir entonces que no hay lugar a solicitar tal devolución, por ende, se revocará la sentencia en cuanto a este punto se refiere. Al respecto esta Corporación ha señalado lo siguiente²²:

*“(...) En efecto haciendo un parangón entre lo previsto por el artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, que en su inciso primero reza: “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***

²² CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 19 de enero de 2015, radicado 13001-23-33-000-2012-00159-01(4353-13), actores: Vidal Simarra Pedroza y Maritza Franco de Simarra, demandado: Ministerio de Defensa - Armada Nacional, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Ver también sentencia del Consejo de Estado, Expediente No. 17001-2331-000-2006-01111-01 (1578-09), C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, la cual señala que:

“(...) De acuerdo con lo anterior, la indemnización por muerte del Agente y las cesantías dobles, no son incompatibles con la pensión de sobrevivientes, pues el derecho a recibir las dos primeras se causa con el hecho del fallecimiento, independientemente de que haya lugar al reconocimiento del segundo (pensión de sobrevivientes) para el cual se exige además que el causante haya prestado sus servicios por 12 años.

Por lo anterior, la Sala no encuentra justificada la obligación impuesta de restituir las sumas pagadas por concepto de indemnización por muerte del causante, máxime cuando la indemnización objeto de discusión, fue reconocida mediante acto administrativo, Resolución 006097 de 17 de mayo de 1995, cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada y por ende conserva plena validez (...).”

grado y el pago doble de la cesantía... y lo dispuesto por el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 que dispuso “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: 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...**”, no existe explicación jurídica para exigir que lo percibido por los demandantes a título de indemnización por mandato del Decreto 2728 de 1968 sea reintegrado por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de que trata el Decreto 1211 de 1990, cuando ésta última también lo contempla y ninguna de las prestaciones allí consagradas son optativas o excluyentes, sino, por el contrario, perentorias para quienes se hallen en los supuestos fácticos descritos por el legislador.
(...)”

Finalmente en relación a la **condena en costas**, es pertinente señalar que aunque el origen de éstas obedece a un principio de responsabilidad patrimonial que tienen las partes²³, cuando con sus actuaciones procesales incurren en mala fe o temeridad, también es cierto que éstas actualmente constituyen causales o reglas que expresamente refiere la ley para su declaratoria, liquidación y ejecución.

²³ En el entendido que en los aspectos no contemplados en el C.P.A.C.A. se sigue el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, se tiene que el artículo 80 respecto de la responsabilidad patrimonial de las partes, literalmente señala: “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente. A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.”

Bajo este entendido, cabe precisar que el criterio para la imposición de costas inicialmente estaba dado por observancia de la conducta asumida por las partes²⁴, no obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se advierte que en el artículo 188²⁵ se hace mención a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil que respecto a la materia señala en el artículo 392²⁶: “(...) *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73 (...)*”.

Consecuente con lo anterior y dado que con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el artículo 365 señaló que “(...) *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 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. Además se condenará*

²⁴ Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

²⁵ 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.”

²⁶ Modificado por la Ley 794 de 2003, señala en el artículo 42: Los numerales 1 y 2 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil quedarán así: 1.) Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73. 2.) La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe (...).”, se tiene que el criterio subjetivo que en principio operaba y que hacía referencia al examen que debía realizar el juez para determinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente o se opuso a él y resultó vencido, dejó de existir cuando se acogió con la nueva normatividad el criterio objetivo que simplemente indica que las costas en los casos señalados en los artículos anteriores, son a cargo de la parte vencida.

Es necesario señalar que recientemente esta Corporación²⁷, respecto de la condena en costas, en relación a la aplicación del Decreto 01 de 2 de enero de 1984²⁸, dijo lo siguiente:

“(…) La norma contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “B”. Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón (e). Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015). Radicación No. 73001-23-33-000-2012-00206-01. Expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

²⁸ Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo

La anterior interpretación se ajusta con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "... sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En el presente asunto, el a quo no expuso ningún argumento para imponer la condena en costas a la parte vencida en el litigio, decisión que debió fundamentar de acuerdo con lo previsto en el artículo 280 del Código General del Proceso (...)"

Lo que permite concluir que en aplicación de lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, existía un criterio subjetivo al cual debía acudir el operador jurídico para determinar si a razón de una actuación temeraria, habría lugar o no a la imposición de las costas.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se advierte que existe un criterio objetivo en lo que corresponde a la imposición de las costas a la parte vencida, pues para el caso, el condenar en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, no tiene en cuenta la conducta asumida por la parte vencida. Sin embargo, en criterio de la Ponente debe existir un margen de análisis mínimo que le permita al Juez evaluar las circunstancias que le permitan decidir si se le impone o no costas a la parte vencida.

Así las cosas, refiriéndonos al caso en concreto, se observa que el *A - quo* no realizó un análisis que permita inferir si hay una circunstancia distinta a la aplicación objetiva y literal de la norma y por tanto al revisarse la discusión planteada por la demandante.

En las anteriores condiciones se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda de 17 de julio de 2014,

que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y se revocará los numerales 6.5.2 y 6.5.5, en cuanto ordenaron descontar de los valores a pagar la suma cancelada por concepto de compensación y condenaron en costas a la parte demandada, respectivamente.

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: CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 17 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **6.5.2** y **6.5.5** de la decisión, en cuanto el Tribunal Administrativo de Risaralda ordenó el descuento de lo cancelado por compensación por muerte del señor Wiltón Rodríguez Yande y condenó en costas a la parte demandada, respectivamente.

En su lugar, se dispone:

NEGAR tanto la devolución de los dineros que fueron reconocidos y pagados

por concepto de compensación, por no existir fundamento legal para ello, como la condena en costas, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ