



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 05001-23-33-000-2018-00210-01 (0119-2021)
Demandante: ROCÍO DE LAS MISERICORDIAS MÚNERA
PIEDRAHÍTA
Demandadas: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL,
EJÉRCITO NACIONAL
Temas: Pensión de sobreviviente soldado regular fallecido
en misión del servicio. Régimen aplicable contenido
en el Sistema General de Seguridad Social en
Pensiones en virtud de los principios de
favorabilidad, protectorio, *pro homine* e igualdad.
Aplicación por analogía de la sentencia de
unificación CE-SUJ2-010-18 del 12 de abril de
2018. Condena en costas de primera instancia.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-028-2022

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la entidad demandada contra la sentencia del 22 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión Oral, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 1 vuelto a 2 vuelto)

1. Inaplicar por excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad las siguientes normas: artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, artículo 34 del Decreto 4433 de 2004, artículo 1.º y parágrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley 447 de 1998.
2. Declarar la nulidad de la Resolución 2975 del 2 de agosto de 2017, a través de la cual la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



Nacional negó el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

3. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar a la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta pensión de sobrevivientes, a partir del 12 de abril de 2013, así como el retroactivo pensional y las mesadas adicionales de junio y diciembre, como consecuencia del fallecimiento de su hijo Juan Carlos Múnera Piedrahíta ocurrido cuando prestaba sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular. Ello, en atención a lo regulado en los artículos 1.º de la Ley 447 de 1998 y 34 del Decreto 4433 de 2004.
4. Conminar a la parte pasiva a que las sumas reconocidas se ajusten de conformidad con el IPC certificado por el DANE, tal como lo prevé el artículo 187 del CPACA.
5. Ordenar a la entidad demandada el pago de intereses comerciales y moratorios hasta que dé acatamiento al fallo, y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 *ibidem*.
6. Condenar en costas a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Supuestos fácticos relevantes relatados en la demanda (Folios 3 a 4)

1. El joven Juan Carlos Múnera Piedrahíta nació el 9 de noviembre de 1993 y era hijo único de la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta.
2. En cumplimiento de lo regulado en el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, fue incorporado a prestar su servicio militar obligatorio el 6 de marzo de 2012 como soldado regular.
3. Al momento de ingresar a la institución castrense el joven Múnera Piedrahíta se hallaba en perfecto estado de salud, de acuerdo con el examen de «pre sanidad y aptitud psicofísica», que para tal efecto le practicó el Ejército Nacional.
4. Encontrándose el soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta en cumplimiento de su deber legal, el día 12 de abril de 2013, en las instalaciones del Batallón Militar Villa Hermosa con sede en la ciudad de Medellín, fue asesinado. En virtud de aquel suceso, fue dado de baja y su muerte fue calificada como en misión del servicio, por lo que acreditó un tiempo de 1 año, 1 mes y 6 días.
5. Al momento del deceso del soldado regular, su grupo familiar solo era conformado por él, su señora madre y su hermana, quienes se proveían apoyo mutuo, pues no tenía cónyuge o compañera permanente y tampoco hijos.
6. El joven Múnera Piedrahíta se encargaba en gran medida del sostenimiento y manutención de la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta, quien es madre cabeza de familia, no labora con empresa oficial o privada alguna y tampoco percibe ningún tipo de ingreso.
7. Posteriormente, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional por medio de Resolución 159137 del 10 de julio de 2013,



reconoció el pago de compensación por muerte a su madre Múnera Piedrahíta, como única beneficiaria.

8. La demandante elevó petición ante la parte pasiva, tendiente al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes, el 5 de junio de 2017, empero, le fue negada mediante Resolución 2975 del 2 de agosto de la citada anualidad.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 27 de septiembre de 2018.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

«Aunque la entidad formuló excepciones, no son de aquellas que al tenor del artículo 180-6 del CPACA, deban resolverse en esta diligencia, tampoco se advierte por este Despacho deba resolver (sic) alguna de forma oficiosa.». (Folio 109 y cd visible a folio 112 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Según lo manifestado por las partes, la Sala de Decisión deberá determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por la muerte de su único hijo el soldado regular Juan Carlos Múnera Peidrahíta, fallecido el 12 de abril de 2014 en el Batallón de Villa Hermosa de Medellín, lugar donde se encontraba prestando sus servicios como conscripto activo vinculado al Ejército Nacional, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, esto es, un monto igual a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, junto con el retroactivo pensional e incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el momento que adquirió el derecho». (Folio anverso y reverso y cd visible a folio 112 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

² Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



SENTENCIA APELADA (Folios 136 a 153 vuelto)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 22 de septiembre de 2020, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal de primera instancia inicialmente analizó el marco normativo del régimen prestacional de quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares, para señalar que a partir de la Ley 447 de 1998, se consagró una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, empero, dicha prestación solo se previó para aquellos muertos en combate o como consecuencia o acción del enemigo, en conflicto internacional o en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

Seguidamente, examinó la pensión de sobrevivientes regulada en el régimen general, con el fin de concluir que las disposiciones señaladas en la Ley 100 de 1993 modificadas por la Ley 797 de 2003, ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido en misión del servicio, en virtud del principio de favorabilidad, normativa que debe atenderse en su integridad, esto es, en relación con el monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

Bajo esa óptica, advirtió que dado que la compensación por muerte no está prevista dentro de las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, es procedente efectuar el respectivo descuento debidamente indexado, de lo que se hubiese pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, toda vez que reconocer los dos emolumentos indicados en diferentes normativas, sería contrariar el principio de inescindibilidad y realizar injustificadamente un doble pago por el mismo riesgo.

A partir de los medios de prueba documentales aportados a la actuación, afirmó que la demandante cumplía con las exigencias previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la cual se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, habida cuenta de que se acreditó que: i) el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta era hijo de la libelista; ii) prestó sus servicios durante 1 año, 1 mes y 6 días, esto es, 56,57 semanas, tiempo durante el cual estuvo afiliado al sistema de seguridad social conforme con el artículo 19 de la Ley 352 de 1997; iii) se probó la dependencia económica por parte de la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta y; iv) el causante no tenía vínculo conyugal o marital ni tampoco hijos.

De otra parte, declaró la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de mayo de 2014, habida cuenta de que transcurrieron más de 3 años entre la exigencia del derecho (fallecimiento del causante) y la presentación de la petición de reconocimiento de la prestación (6 de mayo de 2017).

Asimismo, ordenó el descuento de los valores pagados por la parte pasiva en virtud de la Resolución 159137 del 10 de julio de 2013, a través de la cual se ordenó a la libelista la compensación por muerte en los términos del artículo 2728 de 1968.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que en su parte resolutive se resume así: i) declaró probadas las excepciones de prescripción de las mesadas pensionales e incompatibilidad entre prestaciones, formuladas por la entidad demandada; ii) declaró la



nulidad de la Resolución 2975 del 2 de agosto de 2017; iii) ordenó la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, reconocer y pagar a la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta pensión de sobrevivientes en la forma prevista en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 6 de mayo de 2014, sumas que debían ajustarse de acuerdo con la fórmula indicada en la parte considerativa de la providencia. De los valores reconocidos por pensión de sobrevivientes autorizó el descuento debidamente indexado, de lo pagado por concepto de indemnización por muerte a la libelista, para lo cual se debían tener en cuenta las pautas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado y; iv) condenó en costas a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 157 a 160)

La **entidad demandada** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada para denegar las pretensiones de la demanda. Para ello manifestó que no es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes petitionada por la libelista acorde con el régimen general, toda vez que la normativa especial aplicable y que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta eran la Ley 131 de 1985 y el Decreto 2728 de 1968.

Al respecto, puntualizó que el Consejo de Estado no había proferido sentencia de unificación respecto «del principio de favorabilidad» en el caso de los soldados regulares fallecidos en misión del servicio, pues la prestación deprecada en el *sub lite* es totalmente reglada y por tanto no hay duda en el presente asunto la pauta jurídica que rige, aunado a ello, tampoco existió un tránsito de legislación, situación que eventualmente permitiría acoger los principios de favorabilidad o igualdad como lo consideró el *a quo*.

De otra parte, aludió que la Corte Constitucional en sentencia C-451 de 2005, señaló que los hijos menores de 25 años dependen económicamente de sus padres, pues se presume que se encuentran estudiando y en consecuencia, son personas que aún no pueden proveerse su propio sustento, por tanto, es más que evidente que la situación de la demandante al percibir ingresos y poder subsistir hasta la fecha, sin la ayuda financiera que ahora predica, desvirtúa el soporte al cual alude, sin perjuicio de la colaboración que pudo prestarle su hijo fallecido.

De esta forma, es claro que los beneficiarios del causante cuando pretenden reclamar la pensión de sobrevivientes con fundamento en la Ley 100 de 1993, deben demostrar la dependencia económica respecto del causante, y comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo de subsistencia que les permita obtener los ingresos indispensables para tener una vida digna, circunstancia que no se probó en la presente *litis*.

Asimismo, recalcó que entre el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta y el Ejército Nacional no existía una relación laboral, habida cuenta de que aquél se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, por tanto no es procedente pagar a favor de la demandante el derecho prestacional que se solicita, toda vez no existe vínculo legal o contrato de trabajo alguno en virtud del deber constitucional.

Por otra parte, petitionó que de confirmarse la sentencia apelada, se mantenga incólume el descuento de los valores reconocidos por indemnización por muerte pagados a la demandante acorde con lo regulado en el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, dado que es incompatible con la pensión de sobrevivientes, pues cubren igual contingencia.



Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, toda vez que en el presente asunto no se evidencian comportamientos procesales que la ameriten.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante (índice 13)**: sostuvo que a lo largo del proceso, con las pruebas aportadas con el escrito de la demanda y las recopiladas al interior, se ha logrado demostrar la dependencia económica por parte de la señora Rocío de Las Misericordias Múnera Piedrahíta para con su hijo; y tampoco se puede dar una interpretación diferente respecto a la ayuda económica que recibía la demandante del causante. Lo anterior, teniendo en cuenta que las declaraciones extraproceso arrimadas al plenario, son enfáticas en afirmar que su descendiente le ayudaba económicamente para cubrir sus necesidades más básicas.

Consideró que la entidad demandada al momento de expedir el acto administrativo acusado, otorga una interpretación totalmente errónea y equivocada, pues es claro que el soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta se encontraba en cumplimiento del deber legal de prestar el servicio militar obligatorio y no por eso se le debe de excluir como destinatario del régimen de seguridad social.

La **entidad demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial visible a folio 178 del plenario.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación. En el presente caso solo lo presentó, la entidad demandada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta en su calidad de madre del soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta, quién falleció en misión del servicio el 12 de abril de 2013, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993?

De resolverse de forma positiva el cuestionamiento anterior deberá analizarse:

2. ¿Es dable la condena en costas de primera instancia impuesta a la entidad demandada?

Primer problema jurídico

¿La señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta en su calidad de



madre del soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta, quién falleció en misión del servicio el 12 de abril de 2013, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993?

Como tesis frente a este cuestionamiento, la Subsección sostendrá la siguiente: la demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, conforme al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en tanto que este derecho no está previsto en el Decreto 2728 de 1968, en la Ley 447 de 1998 ni en el Decreto 4433 de 2004 que contienen el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Militares, vinculados en razón de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio. Sobre este planteamiento se expone lo siguiente:

➤ **Del derecho a la seguridad social**

El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas.

Para señalar algunos de dichos instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» y en el artículo 25 estipuló que toda persona «tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Asimismo, en el artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.».

En relación con este aspecto, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³ señaló la importancia de las

³ Preámbulo de la Constitución de la OIT: «Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el



pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social, la cual contempló la pensión de vejez, como una garantía mínima para las personas protegidas⁴. Luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales⁵.

Es de anotar que, aunque tales instrumentos internacionales no han sido ratificados por Colombia, estos hacen parte del denominado *soft law* o derecho blando internacional y tienen utilidad interpretativa al armonizarlos con la Constitución y las normas que han consagrado el carácter esencial de la seguridad social y del derecho pensional.

En efecto, la Ley 319 de 1996 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», en el cual se reconoció el derecho a la seguridad a toda persona «que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa».

A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo prevea la ley.

➤ **Principio protector o protectorio: El principio rector en materia laboral**

El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra.

Tal y como se expuso en la sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18 proferida por esta Sección el 12 de abril de 2018⁶, la trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación»⁷. Y dentro de sus manifestaciones se encuentran los principios de favorabilidad, el *in dubio pro operario*, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, y el de la primacía de la realidad sobre las formas.

➤ **Principio de favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho en materia pensional. Expresión del principio protectorio**

El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector, como se dijo en precedencia, y uno de los principios mínimos fundamentales

mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo».

⁴ Artículo 25 del Convenio 102 de 1952.

⁵ Los Convenios 102 de 1952 y 128 de 1967 no han sido ratificados por Colombia. Ver página web de la oit: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102595.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15).

⁷ Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, ediciones De la Palma, Buenos Aires 1990, segunda edición, p. 23.



del trabajo consagrado en la Constitución Política.

En la jurisprudencia constitucional el aludido principio, ha sido utilizado como criterio de interpretación para determinar el compendio normativo o el sentido de una regla jurídica que debe cobijar una situación particular frente a una determinada prestación.

En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de *inescindibilidad o conglobamento*⁸.

En la sentencia de unificación en comento, esta Sección concluyó que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad

Igualmente, se señaló que puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador.

➤ Principio de igualdad

En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado ha admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios⁹.

Adicionalmente, ha indicado que quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a aquellos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios¹⁰.

No obstante, es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por prever un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el

⁸ Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

⁹ Ver, entre otras, sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995 y providencia de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2017, radicación: 170012333000201300133 01 (0274-2014).

¹⁰ Sentencia C-956 de 2001.



resto de la población¹¹.

Bajo dicho contexto la Subsección analizará el presente asunto a la luz de los mencionados principios a fin de efectivizar los derechos fundamentales y de carácter irrenunciable de la demandante como lo es el derecho a la seguridad social.

➤ **Régimen de prestaciones por muerte para quienes prestan el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares**

Por medio de la Ley 65 de 1967 se revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, entre otros aspectos, en lo relativo al régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional¹².

En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 2728 del 2 de noviembre 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, el cual en su artículo 8.º consagró las prestaciones a las que habría lugar en caso de fallecimiento de un soldado o grumete. Para tal efecto, el artículo en mención clasificó la muerte en servicio activo de la siguiente manera:

Muerte en combate	Muerte ocurrida: i) en combate o ii) como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público.
Muerte en misión del servicio	Muerte ocurrida en actividad por actos del servicio o por causas inherentes al mismo
Muerte simplemente en actividad	Muerte ocurrida en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en las dos hipótesis anteriores.

La aludida clasificación determinaba las prestaciones a percibir con ocasión de la muerte, como pasa a explicarse:

Tipo de muerte	Prestaciones a reconocer
Muerte en combate	<ol style="list-style-type: none">1. Ascenso en forma póstuma al grado de cabo segundo o marinero2. Reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado.3. Pago doble de la cesantía.
Muerte en misión del servicio	<ol style="list-style-type: none">1. Reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación CE-SUJ2-010-18 del 12 de abril de 2018. Sección Segunda. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(132115).

¹² Artículo 1 literal c).



Muerte simplemente en actividad	1. El reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.
--	--

Posteriormente, la Ley 447 del 21 de julio de 1998, por la cual se determinó una pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, confirió a los beneficiarios de los fallecidos en combate una prestación en los siguientes términos:

«MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.M.M. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida **en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público**, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.» (Resaltado intencional).

Más adelante, el artículo 34 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 reiteró que el fallecimiento de una persona vinculada por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrido **en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público**, daría lugar al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia a sus beneficiarios, equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la mentada ley consagró la aludida pensión, solo para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público.

Se observa entonces que para el caso del fallecimiento de un conscripto en misión del servicio, la única prestación se encuentra prevista en el artículo 8.º del Decreto 2728 de 1968, y consiste en el reconocimiento y pago de 36 meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

➤ **Pensión de sobrevivientes en el régimen general**

El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 contempló distintos tipos de prestaciones para las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Así, en el artículo 46 consagró la pensión de sobrevivientes de la siguiente manera:

«[...] 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. [...]»

Por su parte, el artículo 49 previó el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en el evento de que al momento de la muerte del afiliado, éste no hubiera cumplido con las semanas de cotización requeridas.

Los requisitos para obtener la aludida prestación, fueron modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al prever:

«Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. 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** y,
2. 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:
 - a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;
 - b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Parágrafo 2°. Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.». (Negrillas fuera de texto).

En este punto es relevante aclarar que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión¹³.

¹³ Sentencia T-564 de 2015.



➤ **Aplicación del régimen general de seguridad social a los beneficiarios de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio**

Como antes se anotó, las prestaciones por muerte en simple actividad a las que tendrían derecho los beneficiarios de los conscriptos de Fuerzas Militares estarían reguladas en el Decreto 2728 de 1968, norma aplicable a este tipo de personal en virtud del carácter genérico de la expresión «soldados» con la que se refiere a sus destinatarios, y que reconoce 36 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marino para el caso de la muerte en misión del servicio.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social según el artículo 279 *ibidem*, y a su vez, los artículos 150, ordinal 19.^o, literal e.)¹⁴ y 217¹⁵ de la Constitución Política, señalaron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹⁶.

Empero, en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993¹⁷ permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado conscripto frente a las prestaciones por muerte de aquel.

Bajo esta línea, y en aplicación de la regla de favorabilidad, en los términos del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se observa que el régimen que más ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido en misión del servicio es el contenido en las normas generales que prevén una prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las contenidas en el Decreto 2728 de 1968 y que, además, corresponde con los efectos pensionales que debe imprimírsele a este periodo de servicio público. Así la discusión planteada por la entidad apelante en relación al acceso del derecho por aplicación del Decreto 2728 de 1968, se torna inane.

Lo anterior, en razón a que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene previsto, en caso de fallecimiento, una pensión de sobrevivientes para el

¹⁴ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.»

¹⁵ El artículo 217 de la Constitución Política, consagra: «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.»

¹⁶ En este sentido ver las sentencias C-432 de mayo 6 de 2004, T-372 de 2007 y T-894 de 2010, entre otras.

¹⁷ ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN 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.



causante que hubiere cotizado 26 o 50¹⁸ semanas, cuyo monto es igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, y sin que pueda ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

En el mismo sentido han sido los pronunciamientos del Consejo de Estado al permitir que, con apoyo 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 Nacional¹⁹.

En efecto, en sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18 del 12 de abril de 2018²⁰, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación estudió la posibilidad de aplicar la Ley 100 de 1993 cuando resulta ser más beneficiosa que el régimen especial aplicable a los soldados muertos en simple actividad materia de pensión de sobrevivientes. Al respecto:

«[...] **1.1.10. Determinación de la regla aplicable a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los conscriptos de las fuerzas militares muertos simplemente en actividad.**

[...]

136. Ahora bien, en este estudio no debe incluirse el Decreto 1211 de 1990 por cuanto no es aplicable a quienes prestan el servicio militar obligatorio, donde se ubican los soldados regulares, quienes claramente no son oficiales ni suboficiales.

137. Además, no sería más favorable frente a la pensión regulada en el régimen general,
[...]

139. Tampoco es admisible extender las prestaciones de que trata la Ley 447 de 1998, comoquiera que esta norma no decreta pensión de sobrevivientes a favor de los familiares del conscripto muerto **simplemente en actividad**.

140. La misma situación se presenta en relación con las disposiciones contenidas en el Decreto 4433 de 2004,
[...]

142. No desconoce la Sala que la Corte Constitucional en la sentencia T-1043 de 2012 hizo extensivo el régimen contenido en el Decreto 1211 de 1990, en el caso de un conscripto fallecido el 16 de octubre de 1997 en accidente de tránsito durante el servicio ..., empero se observa que en aquella oportunidad dentro del sustento jurídico de la decisión se acogió la posición expuesta por el Consejo de Estado en sentencia del 7 de julio de 2011 y del 30 de octubre de 2008, vigente para ese momento y que extendían los efectos de un régimen especial para las Fuerzas Militares, teoría que en esta oportunidad se reevalúa para dar aplicación al régimen general contenida en la Ley 100 de 1993.
[...]

146. Por ende como el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenido en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este

¹⁸ Este término se predicaría de aquellas situaciones que se consoliden con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

¹⁹ Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: subsección B, 130012331000200300080 01 (1925-2007); subsección B, 76001233100020080061301(1895-14); subsección B, 25000232500020030678601(1706-12); subsección B, 05001233100020030044801 (0103-13); subsección B, 05001233100019970339501 (0620-12).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-15).



deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, ingreso base de liquidación y orden de beneficiarios.

1.1.13. Reglas de unificación

[...]

2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculada a las Fuerza Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio **militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la Ley 100 de 1993**, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista para el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios. [...]». (Negrillas conforme a la transcripción).

Bajo esa óptica, en cuanto al régimen aplicable en caso de soldado muerto en misión de servicio, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala aplicará por analogía, el criterio plasmado en la sentencia de unificación, CE-SUJ-SII-010-2018 de 12 de abril de 2018 del Consejo de Estado, en razón a lo siguiente:

Si bien es cierto, en la mencionada sentencia se trató un caso de muerte de soldado (i) «simplemente en actividad» que es una de las causales previstas en las normas especiales, respecto de las otras causales (ii) en misión de servicio y (iii) combate, ambos casos se refieren a muerte de un soldado en actos de servicio, por lo que se avizora un vacío normativo respecto al derecho, en uno y otro caso²¹, aunado a ello, la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que las normas especiales regulen esta prestación a favor de los beneficiarios de quienes fallecieron en misión del servicio.

En efecto, esta Subsección²² en un caso de contornos similares al aquí analizado, señaló:

«En segundo término, en **cuanto al régimen aplicable al reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente en los casos de muerte de soldado en misión de servicio, en vigencia de la Ley 100 de 1993**, para la Sala resulta claro que se debe dar aplicación por analogía al criterio plasmado en la sentencia de unificación tantas veces mencionada, toda vez que, aunque la providencia trató sobre muerte de soldado «simplemente en actividad», ambos casos se refieren al deceso en actos de servicio, sobre el cual existe vacío normativo.». (Resaltado intencional).

De lo esbozado se concluye que en caso de fallecimiento de un soldado vinculado a las Fuerzas Militares, cuyo deceso se produjo en «misión del servicio»²³, en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral sus beneficiarios acceden a la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 1993, el cual habrá de aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación deprecada.

Al respecto, se hace necesario destacar que, de admitirse la aplicación del régimen general de la Ley 100 de 1993 en materia pensional sobre las disposiciones propias de los regímenes exceptuados, para tales efectos es

²¹ Dicha tesis fue asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B, sentencia del 25 de abril de 2019, radicado: 13001-23-33-000-2013-00706-01 (0133-16).

²² Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 6 de agosto de 2020, radicado: 63001-23-33-000-2017-00159-01(4553-17).

²³ Según Informe Administrativo por Muerte 004 del 12 de abril de 2013, visible de folios 95 anverso y reverso.



requisito *sine qua non* que aquella hubiera estado vigente a la fecha en que el derecho se habría causado, que para el caso de la pensión de sobrevivientes es el momento del deceso del causante.

Denótese, que lo que se busca con ello no es más que aplicar armónicamente el principio de favorabilidad, sin que su ejecución vaya en desmedro de los efectos que normativamente se le ha reconocido a la ley en el tiempo, al predicar como regla general su entrada en vigor a futuro, excluyendo de su ámbito de aplicación los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

En otras palabras, para el Consejo de Estado es diáfano que la norma cuya favorabilidad se predica tiene que estar vigente para cuando se cause el derecho, pues de lo contrario se le otorgarían efectos retroactivos sin que exista justificación alguna en la esfera jurídica²⁴.

➤ **Del cumplimiento de requisitos previstos en el Sistema General de Seguridad Social para acceder a la pensión de sobrevivientes a favor de la madre cuyo hijo como soldado conscripto falleció en misión del servicio**

De conformidad con el marco jurisprudencial descrito, la Sala advierte que en atención al material probatorio recaudado y practicado a lo largo del proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Acorde con el registro civil de nacimiento aportado, el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta, nació el 9 de noviembre de 1993 y es hijo de la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta (folio 16).
- Según hoja de servicios 3-1023723757 del 18 de junio de 2013 expedida por la entidad demandada, el señor Múnera Piedrahíta prestó sus servicios al Ejército Nacional por un lapso de 1 año, 1 mes y 6 días, como soldado regular entre el 6 de marzo de 2012 y el 12 de abril de 2013 (folio 19 anverso y reverso). En dicho documento se señaló que era soltero y sin hijos.
- Conforme con el certificado de defunción, el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta falleció el 12 de abril de 2013 (folio 17).
- Con ocasión de dicho suceso, en el Informe Administrativo por Muerte 004 del 12 de abril de 2013, suscrito por el comandante del Batallón de Infantería 10 «Coronel Anastasio Girardot» (folio 95 anverso y reverso), se indicó lo siguiente:

«[...] De acuerdo con el informe rendido por el señor CT MORENO SANCHEZ (SIC) CARLOS ALBERTO Comandante Compañía de A.S.P.C. BIGIR, siendo aproximadamente las 17:55 horas, se escuchó una detonación en el puesto de guardia tres y cuatro, me dirigí hacia el puesto de guardia tres donde se encontraba de guardia el SLR. MÚNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC) JUAN CARLOS, encontrándolo en el piso con un impacto de bala a la altura del lado derecho del tórax, al parecer propinado por el SLR. TORRES RUEDA CRISTIAN con su fusil de dotación, quien se encontraba de guardia en el puesto 4, se procedió a evacuar al SLR. MÚNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC) JUAN CARLOS, al hospital San

²⁴ Al respecto, pueden leerse las siguientes sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda: sentencia del 8 de septiembre de 2016, 17001233300020130061701 (1030-15); sentencia del 27 de agosto de 2015, 05001233100020110110301 (0897-14); sentencia del 3 de marzo de 2015, 05001233300020130032001(0537-14).



Vicente de Paul de Medellín, donde se prestaron los primeros auxilios falleciendo en dicho hospital a las 22:54 horas.

CONCEPTO DE LA NOVEDAD

IMPUTABILIDAD: De acuerdo al Decreto 2728/68, artículo 8, la muerte del **SLV. MÚNERA PIEDRAHÍTA JOSE (SIC) ALEXANDER CM. 1.023.723.757**, OCURRIÓ EN MISION (SIC) DEL SERVICIO.». (Negrillas y mayúsculas conforme a la transcripción).

- En virtud de lo anterior, por Resolución 159137 del 10 de julio de 2013, el subdirector y ordenador del gasto DIPSO encargado y la coordinadora de la Sección de Fallecidos del Ejército Nacional, le reconocieron a la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta, la compensación por muerte de que trata el Decreto 2728 de 1968, por valor de \$33.231.096 (folios 22 a 23).
- Mediante petición del 5 de junio de 2017 (folios 25 a 28), la demandante solicitó ante el Comando del Ejército Nacional, lo que a continuación se señala:

«[...] Reconocer, liquidar y pagar la pensión de sobrevivientes desde el día 12 de abril de 2013, a favor de la señora ROCIO (SIC) DE LAS MISERICORDIAS MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), [...] junto con el respectivo retroactivo pensional y las mesadas adicionales de junio y diciembre, a las cuales tiene derecho por la muerte de su único hijo hombre, el Soldado Regular JUAN CARLOS MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), [...] y quien falleciera el pasado 12 de abril de 2013 en el municipio (sic) de Medellín, Antioquia, lugar donde se encontraba prestando sus servicios como conscripto activo vinculado al Ejército (sic) Nacional. [...]». (Mayúsculas del texto original).

- La directora administrativa y la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales dieron respuesta negativa a la referida prestación, mediante Resolución 2975 del 2 de agosto de 2017 (folios 11 a 13), en el cual indicó:

«[...] Que el Soldado Regular **MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC) JUAN CARLOS**, fue dado de alta el 06 de marzo de 2012 y de baja el 12 de abril de 2013, por MUERTE EN MISION (SIC) DEL SERVICIO, (folio 20).

Que el fallecido Soldado Regular completó un tiempo de servicio total de un (1) año, un (1) mes y seis (6) días, incluido el tiempo de servicio militar obligatorio, según consta en la Hoja de Servicios No. 3-1023723757 del 18 de junio de 2013, (folio 20).

[...]

Que el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, norma de carácter especial, de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos, consagra: [...].

Que mediante Resolución No. 159137 del 10 de julio de 2013, el Ejército Nacional le reconoció y ordenó el pago por concepto de compensación por muerte, consolidada por el fallecimiento del Soldado Regular del Ejército Nacional JUAN CARLOS MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), a favor de ROCIO (SIC) DE LAS MISERICORDIAS MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), en calidad de madre del fallecido (folio 24).

Que teniendo en cuenta la norma antes citada, se puede concluir en forma clara que por el fallecimiento del Soldado Regular del Ejército Nacional JUAN CARLOS MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), no se generó derecho a pensión a favor de la señora ROCIO (SIC) DE LAS MISERICORDIAS



MUNERA (SIC) PIEDRAHITA (SIC), toda vez, que el Decreto 2728 de 1968 no consagra pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de Soldados, Grumetes e Infantes de Marina, de las Fuerzas Militares. [...]». (Mayúsculas conforme a la transcripción).

- Conforme con las declaraciones extraprocesales rendidas el 1.º y 2 de septiembre de 2017 ante la Notaría Séptima y Dieciocho del Circuito de Medellín por parte de los señores María Girleza Betancur Piedrahíta, Gerardo Enrique Restrepo Martínez, Jhonny Alexander Díaz Goetz y María Patricia Tabares Betancur, indicaron que les constaba la demandante vivía bajo el mismo techo con el causante, quien le proveía el sustento económico a su madre. Además de ello, indicaron que era soltero y no le conocieron hijos.

También depusieron que la señora Rocío de las Misericordias no percibía ningún subsidio por parte del Estado y que con ocasión del deceso de su hijo, quedó desprotegida financieramente (folios 29 a 32).

Acorde con lo evidenciado previamente, se advierte que el aspecto por abordar consiste en determinar si la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta en su calidad de madre del soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta, cuyo fallecimiento ocurrió en misión del servicio, le asiste el derecho a una pensión mensual de sobrevivientes, como lo indicó el *a quo*, en aplicación del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, es necesario señalar que, si bien la demandante en su libelo introductor no invocó la aplicación de las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social para efectos del reconocimiento pensional que pretende a través del presente medio de control, ello no constituye impedimento para que el juez de primera instancia basara su decisión en dicha norma, pues tanto en sede administrativa como judicial, lo pretendido fue el otorgamiento de una pensión de sobreviviente por la muerte en misión de servicio de su hijo, prestación que no está contemplada en el Decreto 2728 de 1968 ni en la Ley 447 de 1998.

Adicionalmente, los argumentos esgrimidos por el *a quo* son coherentes con la situación fáctica planteada y se privilegió la aplicación de los principios de favorabilidad y de igualdad y el derecho a la seguridad social, luego por contera, se ajustan a las consideraciones de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 del 12 de abril de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En cuanto al régimen aplicable al reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente en los casos de muerte de soldado en misión de servicio, en vigencia de la Ley 100 de 1993, para la Sala resulta claro que se debe dar aplicación por analogía al criterio plasmado en la sentencia de unificación previamente anotada, conforme se explicó en precedencia.

➤ Verificación de requisitos

- Cotizaciones mínimas

De acuerdo con las pruebas antes relacionadas y no controvertidas por la entidad demandada, el joven Juan Carlos Múnera Piedrahíta estuvo vinculado al Ejército Nacional por 1 año, 1 mes y 6 días, esto es, desde el 6 de marzo de 2012 hasta el 12 de abril de 2013, lo cual permite advertir que lo fue por más de 56 semanas, que de conformidad con el artículo 19 de la Ley



352 de 1997²⁵ implica que estuvo **afiliado** al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por el tiempo mínimo exigido por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, por lo que se cumple el requisito necesario para tal efecto (folio 19 anverso y reverso).

- Ausencia de otros beneficiarios

De conformidad con la hoja de servicios que obra a folio 19 anverso y reverso, expedida por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta no contrajo matrimonio, no tenía hijos, ni compañera permanente, ello se acompasa con las declaraciones extraproceso aportadas (folios 29 a 32), información que no contravirtió la entidad demandada.

- Parentesco

La demandante demostró el parentesco con el soldado regular Múnera Piedrahíta en calidad de madre, conforme con el registro civil de nacimiento visible a folio 16.

- Dependencia económica

De las declaraciones extraprocesales arrimadas al proceso y relacionadas en su contenidos acápite atrás (folios 29 a 32) las cuales, si bien es cierto, no pueden ser observadas como testimonio dentro del proceso judicial, sí procede su valoración como documento declarativo de terceros, acorde con el artículo 262 del Código General del Proceso²⁶, dan cuenta de que la libelista dependía económicamente de su hijo, por lo que con su fallecimiento se vio afectada su subsistencia en condiciones dignas.

Dichos deponentes fueron claros en señalar que indicaron que les constaba que la demandante vivía bajo el mismo techo con el causante, quien le proveía el sustento económico a su madre. También afirmaron que la señora Rocío de las Misericordias no percibía ningún subsidio por parte del Estado y que con ocasión del deceso de su hijo, quedó desprotegida financieramente. Se destaca que dicha prueba no fue debatida ni tachada de falsa por la parte pasiva durante el transcurso del proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 sostuvo que: «[...] (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas».

En estos términos, es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la

²⁵ «**Artículo 19. Afiliados.** Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

[...]

b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización:

[...]

2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio.»

²⁶ «**ARTÍCULO 262. DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS.** Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación».



protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el señor Juan Carlos Múnera Piedrahíta contribuyó, en vida, al soporte económico de su hogar materno, situación que se vio afectada con su deceso, de manera que este requisito se encuentra plenamente acreditado con la prueba documental antes mencionada, contrario a lo aludido por la parte pasiva en el recurso de alzada.

De esta forma, de lo analizado se concluye que la muerte del soldado conscripto Juan Carlos Múnera Piedrahíta perteneciente a las Fuerzas Militares se produjo en misión del servicio y en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, de suerte que su madre es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, el cual debe aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, tal como lo consideró el *a quo*.

Lo anterior, se reitera, por cuanto lo sustentado por parte del tribunal de primera instancia resulta coherente con la tesis que sentó el Consejo de Estado y que plasmó en la estudiada sentencia de unificación, donde se dispuso como regla la obligación del juez contencioso de administrar justicia acorde a la legislación pensional que corresponda, sin importar el régimen pensional invocado por la parte demandante, en atención a lo indicado en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.²⁷

De otro lado, se advierte que la postura asumida por la Sección Segunda en la providencia en comento constituye precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, para todos los asuntos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, por tanto es procedente ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 159137 del 10 de julio de 2013, a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte a la libelista, en los términos del Decreto 2728 de 1968, ante la incompatibilidad de esa prestación con la pensión de sobreviviente, el cual deberá efectuarse de conformidad con lo señalado en las reglas de unificación advertidas en el marco normativo del mencionado fallo, tal como lo consideró el *a quo*.

Finalmente, no es de recibo para esta Sala de Decisión el argumento esgrimido por la entidad demandada en el recurso de alzada, en el sentido de que entre el causante y el Ejército Nacional no existía una relación laboral, por tanto, no es procedente el reconocimiento del derecho prestacional que se solicita en el *sub examine*, pues es claro que, en tratándose de los concriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, y por tal motivo son beneficiarios de las prestaciones por muerte previstas por la ley.

²⁷ «**Artículo 103. Objeto y principios.** Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.»



En conclusión: la demandante, en su calidad de madre del soldado regular Juan Carlos Múnera Piedrahíta, fallecido en misión del servicio el 12 de abril de 2013, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen especial de prestaciones por esta calificación de muerte de los soldados regulares, no consagra dicha prestación, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Ello, en armonía con los principios de favorabilidad, protectorio, *pro homine* y de igualdad que encauzan el derecho laboral, en consideración a que acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos por la disposición en comento, y con fundamento en las reglas de unificación contenidas en la sentencia de unificación de la Sección Segunda CE-SUJ2-010-18 del 12 de abril de 2018, aplicada en el *sub lite* por analogía.

A su vez, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se debe ordenar el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la libelista en virtud de la Resolución 159137 del 10 de julio de 2013, que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de su hijo, 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, sin que se afecte su mínimo vital.

Segundo problema jurídico

¿Es dable la condena en costas de primera instancia impuesta a la entidad demandada?

Frente a este interrogante la Subsección tendrá la tesis de que: no resultaba procedente la aludida condena en primera instancia en contra de la parte pasiva, tal como se sustenta a continuación.

Antes de analizar el marco normativo y jurisprudencial pertinente, la Sala advierte que en el recurso de apelación la entidad demandada citó apartes de una providencia proferida por el Consejo de Estado en relación con la condena en costas, circunstancia que permite inferir que su intención era presentar argumentos frente a este aspecto, lo cual se constata con los alegatos de conclusión que son la reproducción exacta del escrito de alzada y en el cual se observa que al momento de imprimir aquél, no le quedó incluida dicha parte, motivo por el cual esta Sala emitirá pronunciamiento al respecto.

➤ De la condena en costas

Al respecto esta Subsección²⁸ sentó posición en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.

²⁸ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público³⁰.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

En el caso de marras, el *a quo* condenó en costas al Ejército Nacional, por considerar que fue vencido en el proceso a la luz de lo preceptuado en el CPACA y en el CGP, en virtud a que se denegaron las pretensiones de la demanda (folios 152 vuelto a 153).

Al respecto, la Sala observa que si bien se causaron las costas, dado que en primera instancia se accedió a las pretensiones encaminadas al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dicha decisión obedece a un cambio jurisprudencial producido en el transcurso de la primera instancia, esto es, con posterioridad a la expedición del acto demandado³¹ y a la presentación de la demanda³², en virtud de la sentencia de unificación CE-SUJ2-010-18 del 12 de abril de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que se acogió por analogía en el *sub lite*.

²⁹ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

³⁰ Regula la norma lo siguiente: «[...] 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 [...]».

³¹ Resolución 2975 del 2 de agosto de 2017 (folios 11 a 13).

³² Conforme al acta individual de reparto la demanda se presentó el 25 de enero de 2018 (folio 38).



En conclusión: no resultaba procedente la condena en costas en primera instancia en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, en tanto si bien resultó vencida en el presente proceso, pues se accedió a la prestación solicitada, ello obedeció al cambio jurisprudencial de unificación que se profirió por el Consejo de Estado, en el trámite del proceso.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone revocar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia la sentencia del 22 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, en tanto condenó en costas a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, habida cuenta de que prosperaron parcialmente los argumentos del recurso de apelación interpuesto. Se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo señalado en acápite anterior, bajo el hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la entidad demandada, toda vez que prosperaron parcialmente los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, acorde con lo regulado en el numeral 5.º del artículo 365 del CGP.

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

FALLA

Primero: Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia la sentencia del 22 de septiembre de 2020, por el Tribunal Administrativo del Valle de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión Oral, que condenó en costas a la entidad demandada en primera instancia.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en la plataforma SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente



Radicado: 05001-23-33-000-2018-00210-01 (0119-2021)
Demandante: Rocío de las Misericordias Múnera Piedrahíta

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

