



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 19001-23-33-000-2016-00448-01 (2663-2020)
Demandantes : **Isabel Cristina Ibarra Bolaños y Zuly Daiana Ibarra Ibarra**
Demandada : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Tema : Reconocimiento *post mortem* de pensión de invalidez y correspondiente sustitución; aplicación por favorabilidad de la Ley 100 de 1993

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 34 a 42). La señora Isabel Cristina Ibarra Bolaños y la joven Zuly Daiana Ibarra Ibarra, a través de apoderado, ocurren ante la jurisdicción contencioso-administrativa a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. Se declare la nulidad de las Resoluciones 7980 de «14» (sic) de julio de 1997 y 2547 de 29 de diciembre de 2000 y del oficio OFI 16-5137 MDNSGDAGPSAP de 29 de enero de 2016, por medio de los cuales la accionada «[...] *negó el reconocimiento [...] de la pensión de sobrevivientes a la señora ISABEL CRISTINA IBARRA BOLAÑOS y a la menor por ella representada señorita ZULY DAIANA IBARRA [...]*» (sic).

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pide, en síntesis, el pago de la mencionada prestación a partir del deceso del exmilitar Roberto Ibarra, la cual «[...] *no podrá ser inferior a un salario y medio*



mínimo legal mensual vigente para la época de la causación del derecho (muerte del exmilitar) [...]»; de manera retroactiva y actualizada, junto con los intereses de mora y las costas procesales.

1.1.2 Fundamentos fácticos. Relata la parte accionante que el «[...] señor **ROBERTO IBARRA** [...] fue incorporado (dado de alta) como soldado voluntario regular al Ejército Nacional el día 03 de julio de 1987 [...] y su retiro se produjo mediante acto administrativo el día 01 de marzo de 1996, habiendo permanecido en la entidad durante 8 años 8 meses»; asimismo, «[...] por circunstancias propias del servicio y relacionadas con el mismo, sufrió varias contingencias y/o accidentes laborales que le generaron notoria disminución física y funcional [...]»; por ende, «[...] el día 22 de febrero de 1996, en la ciudad de Cali Valle, mediante acta de Junta médica laboral No. 1722 de la dirección de sanidad militar del Ejército Nacional le calificó, previa evaluación, la pérdida de la capacidad laboral [...] en 58.66%, suficiente para acceder a la pensión de invalidez» (sic); y falleció el 19 de enero de 1998.

Que «[...] el señor **ROBERTO IBARRA**, contrajo matrimonio católico con la señora **ISABEL CRISTINA IBARRA BOLAÑOS**, [...] el día 14 de septiembre de 1997, de la unión formalizada los esposos concibieron a la menor **ZULY DAIANA IBARRA IBARRA**, nacida el 16 de febrero de 1998 [y] convivieron bajo el mismo techo como marido y mujer de manera ininterrumpida desde el día del matrimonio a la fecha de la defunción y [ellas] dependieron siempre económicamente del causante [...]».

Dicen que su esposa, en nombre propio y como representante de su menor hija, solicitó de la demandada la «*pensión de sobrevivientes*» el 8 de septiembre de 2015, negada a través del oficio acusado, con el argumento de que «[...] el decreto 2728 de 1968 no consagraba pensión a favor de los beneficiarios legales del personal de soldados grumetes e infantes de marina de las Fuerzas Militares de Colombia»; de igual modo, informó que «[...] la solicitud de reconocimiento de derechos prestacionales fue resuelta en la Resolución No. 7980 del 14 de julio de 1997 [...]».

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos demandados los artículos 11, 13, 23, 29, 42, 46, 48, 53, 86 y 90 de la Constitución Política; 287 a 289 del Código Sustantivo del Trabajo y 13, 17, 33, 36, 141 y 287 a 289 de la Ley 100 de 1993; y las Leyes 447 de 1998 y 797 de 2003.



Aduce que «[...] *el tema pensional lo resumió el legislador en un nuevo régimen contenido en la ley 100 de 1993, imponiendo que todas las personas sin distinción de régimen ni condición alguna, tienen derecho a que una vez entrada en vigencia se apliquen las disposiciones en él contenidas, indicando con ello que el caso particular y concreto bajo estudio, es plausible decidirlo bajo las disposiciones en él contenidas [...] inclusive las del decreto 1211 de junio 08 de 1990, en virtud a la aplicación de principios como el de la igualdad, favorabilidad y condición más beneficiosa*»; por consiguiente, «[...] *la pensión de sobrevivientes solicitada por las demandantes, sí se enmarca dentro del contexto legal establecido en la ley 100 de 1993, el decreto 1112 de 1990 y la ley 447 de 1998, en virtud a los principios y beneficios antes referidos; inclusive los tratados internacionales aplicados al campo de la seguridad social integral*» (sic).

1.2 Contestación de la demanda (ff. 75 a 87). La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por conducto de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y se refirió a cada uno de los hechos, en el sentido de que algunos son ciertos y otros no; propuso las excepciones que denominó legalidad normativa del acto impugnado, improcedencia de aplicar las Leyes 100 de 1993 y 447 de 1998, carencia del derecho de la demandante, inexistencia de la obligación de la demandada y prescripción. Asevera que «[...] *solo en caso de duda es viable la aplicación de la norma más favorable, situación que no se materializa en el presente asunto, pues el estatuto aplicable para la fecha de la muerte de nuestro soldado es el Decreto 2728 de 1968, por remisión expresa de la Ley 131 de 1985, máxime cuando es evidente que entre el uniformado fallecido y la entidad [...] no existía una relación laboral, por lo que solo había lugar al pago de una indemnización a favor de sus familiares, a lo cual se le dio cabal cumplimiento [...]*».

1.3 La providencia apelada (ff. 124 a 135). El Tribunal Administrativo del Cauca, con sentencia de 4 de julio de 2019, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que «[...] *cuando el régimen especial resulte menos beneficioso que el régimen general, debe aplicarse este último, en virtud del principio de favorabilidad. Así, [...] la Ley 100 de 1993, antes de la modificación hecha por la Ley 797 de 2003 consagró una prestación para el grupo familiar de quien falleciere y gozare de pensión, o, para el grupo familiar del afiliado fallecido que no gozaba de prestación alguna [...]*».

Afirma que el «[...] *Decreto 2728 de 1968, tampoco previó una pensión de*



invalidez para quienes tuvieren una pérdida de capacidad laboral relativa y permanente, como fue el caso del señor Ibarra. Se observa que el artículo 1º ibidem, únicamente consagra tal beneficio a quienes presentaran una pérdida de capacidad laboral absoluta y permanente. Así, con base en el principio de favorabilidad ya señalado, resulta oportuno observar la Ley 100 de 1993, dado que el luego occiso fue dictaminado con una pérdida superior al 50%, como lo establece el artículo 38 ibidem. De igual manera, debía acreditar los requisitos establecidos antes de la modificación de la Ley 860 de 2003, pues a dicha época el demandante ya había fallecido» (sic). Por tanto, comoquiera que «[...] el señor Ibarra se encontraba vinculado al Ejército Nacional al momento en que le fue estructurado “el estado de invalidez” -22 de febrero de 1996- debía acreditar el mínimo de 26 semanas de cotización anterior a dicha fecha y dado que había ingresado a dicha institución desde el 03 de julio de 1987, se acredita con creces tal requisito. En ese orden [...] le correspondía le fuera concedida la prestación de invalidez, cuyo monto corresponde al establecido en el literal a) del artículo 40 [...]» de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la sustitución de la mencionada pensión, estima que «[...] no se encuentra acreditada la [...] convivencia superior a dos años, [pero] lo cierto es que al haber procreado a la menor Zuly Daiana Ibarra Ibarra, se supe tal requisito. advierte la sala que si bien su reconocimiento fue posterior al fallecimiento, dado el vínculo conyugal vigente, se presumía su paternidad, máxime cuando el nacimiento -16 de febrero de 1998- ocurrió tan solo días después del fallecimiento -19 de enero de 1998-, situación además que no se encuentra en discusión [...]».

En consecuencia, decretó la nulidad solo del oficio acusado y ordenó a la demandada sustituir la pensión de invalidez del señor Roberto Ibarra en las integrantes de la parte demandante desde el fallecimiento del causante (19 de enero de 1998), «[...] para la señora Ibarra Bolaños de forma vitalicia y a la joven Zuly Daiana hasta que cumpla 25 años de edad, siempre y cuando acredite su condición de estudiante. Dicho monto será repartido en 50% para cada una de ellas y una vez se cumpla la condición señalada, acrecerá el monto a favor de su madre según la Ley». Asimismo, declaró «[...] probada parcialmente la excepción de prescripción. Por lo tanto, respecto de la señora Isabel Cristina Ibarra Bolaños, las mesadas anteriores al 12 de enero de 2013, se encuentran prescritas. En relación con la joven Zuly Daiana Ibarra Ibarra, ninguna mesada se encuentra afectada por dicho fenómeno».

1.4 El recurso de apelación (ff. 160 a 166). Inconforme con la decisión



precedente, la cartera accionada interpuso recurso de apelación, por cuanto «[...] *en el expediente no obra elemento de convicción alguno que dé cuenta de la subordinación o dependencia económica de ninguna de las demandantes frente a los ingresos y emolumentos que en vida le[s] pudiera haber suministrado el [causante de la prestación], como para inferir con contundencia que no concedérsele[s] la pensión, su mínimo vital y móvil se vulneraría o estaría en riesgo [...]*».

Agrega que «[...] *solo con la profesionalización de los soldados de la patria (situación que aconteció cuando el señor Roberto Ibarra ya había fallecido) los nuevos “soldados profesionales” si [sic] empiezan a cotizar al régimen pensional de la Fuerza[, por lo que] el occiso mientras estuvo al servicio de la fuerza en el grado de soldado voluntario, nunca cotizó a ningún sistema pensional [...]*».

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 27 de julio de 2020 (f. 182) y admitido por esta Corporación a través de auto de 30 de noviembre de 2021 (f. 187), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Con auto de 18 de febrero de 2022 (f. 189), se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 (numeral 4) del CPACA, oportunidad aprovechada por la parte demandante¹, para expresar que «[...] *la decisión contenida en la sentencia de primera instancia [...] se ajusta a derecho, en la medida que corresponde a lo probado y debatido en el juicio; siendo consecuente confirmarla en toda su extensión y contenido [...]*».

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

¹ Memorial adjuntado a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI, índice 15.



3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación², corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al fallecido soldado voluntario Roberto Ibarra le asistía o no el derecho a la pensión de invalidez y si dicha prestación debe ser sustituida en su esposa e hija; o, por el contrario, al no estar demostrado que él cotizó para tal efecto y ellas dependían económicamente de él, carecen de ese derecho, como lo aduce la parte apelante.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo para efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El Decreto 2728 de 1968, «[p]or el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares», previó:

Artículo 4°. A partir de la vigencia del presente Decreto, el Soldado o Grumete de las Fuerzas Militares que sean desacuartelado por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades tendrá derecho a que por el tesoro público se le pague una pensión mensual equivalente al sueldo básico que corresponda en todo tiempo a todo cabo Segundo o Marinero y a las prestaciones unitarias a que se refiere al artículo anterior [subraya la Sala].

Pese a lo anterior, el artículo 2 del aludido Decreto 2728 de 1968 preceptuó que «[p]ara efectos de determinar, clasificar y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalideces e indemnizaciones los Soldados y Grumetes quedan sometidos al “Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”».

En relación con la pensión de invalidez en el régimen especial de las fuerzas militares y los requisitos exigidos para acceder a ella, el artículo 60 del Decreto 1836 de 1979³ dispone esa prestación para el personal de oficiales, suboficiales, soldados y agentes de la fuerza pública, así:

Pensión de Invalidez del Personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes. -

² Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

³ «Por el cual se determinan las normas relativas a la Capacidad Sico-física, las Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional».



A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y Agentes, adquiera una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos Estatutos de Carrera así:

- a) El 50% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95% fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.
- b) El 75% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance al 95%.
- c) El 100% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.

Por su parte, el Decreto 94 de 1989⁴, en su artículo 90, sobre dicha prestación, establece:

Pensión de invalidez del personal de Soldados y Grumetes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada así:

- a) El 75% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%.
- b) El 100% del sueldo básico de un Cabo Segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%.

La anterior normativa es aplicable al personal de la fuerza pública a partir del 11 de enero de 1989, cuyos artículos 15 y 87 estatuyen lo concerniente a la clasificación de las incapacidades y tipos de invalidez, así como las tablas para la evaluación de estas, para lo cual debe tenerse en cuenta factores como la edad y la clase de lesión, con el propósito de determinar la indemnización a pagar, según el momento en que ocurrieron los hechos y las particulares

⁴ «Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional».



circunstancias.

Posteriormente, el Decreto 1796 de 2000⁵, en sus artículos 37 y 38, preceptuó:

Artículo 37. *Derecho a indemnización.* El derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y se liquidará teniendo en cuenta las circunstancias que a continuación se señalan:

- a. En el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad y/o accidente común.
 - b. En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo.
 - c. En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional.
- [...]

Artículo 39. *Liquidación de pensión de invalidez del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y para los soldados profesionales.* Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y liquidada como a continuación se señala:

- a. El setenta y cinco por ciento (75%), del salario que se señala en el párrafo 1º del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).
- b. El ochenta y cinco por ciento (85%) del salario que se señala en el párrafo 1º del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).
- c. El noventa y cinco por ciento (95%), del salario que se señala en el párrafo 1º del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad

⁵ «Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, así como lo relacionado con las incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993».



laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio será el sueldo básico de un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

Parágrafo 2°. Para los soldados profesionales, la base de liquidación será igual a la base de cotización establecida en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales.

Parágrafo 3°. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75% no se generará derecho a pensión de invalidez.

A su vez, el artículo 48 del mencionado Decreto 1796 de 2000 señala que el procedimiento y los criterios de disminución de la capacidad laboral e indemnización continuarían rigiéndose por el Decreto 94 de 1989.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de seguridad social en pensiones en ella previsto regiría a nivel nacional a partir del 1°. de abril de 1994; no obstante, se excluyó de su ámbito a los miembros de la fuerza pública, tal como lo determinó el artículo 279 *ibidem*.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 288 de la referida Ley 100, frente al principio de favorabilidad, establece:

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.

En cuanto a la retrospectividad de la ley, cabe destacar que la Corte Constitucional, en sentencia T-110 de 22 de febrero de 2011⁶, la definió así:

El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la

⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica [...].

En tal sentido, resulta menester advertir que si bien *ab initio* esta sección segunda (valga decir, máxima instancia judicial en materia laboral-administrativa), en virtud del principio de favorabilidad, aplicó de manera retrospectiva la Ley 100 de 1993 y reconoció pensiones en casos cuyo derecho se consolidó antes de su entrada en vigor (1º de abril de 1994)⁷, lo cierto es que actualmente tal criterio fue rectificado bajo el entendido de que la norma aplicable es la que regía en ese momento.

Sobre el particular, la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de abril de 2013⁸, criterio vigente para este tipo de asuntos, sostuvo:

La jurisprudencia de esta Corporación⁹ ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

[...]

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales [...] se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su [ocurrencia],

⁷ Sentencias de 29 de abril de 2010, expedientes 25000-23-25-000-2007-00832-01(0548-09) y 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y 1º de noviembre de 2012, expediente 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras.

⁸ Expediente 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Ver, entre otras, las sentencias de octubre 7 de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación No. 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09); febrero 18 de 2010, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08); abril 16 de 2009, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06).



lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional [reclamado], toda vez que los derechos prestacionales causados [...] se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior [...].

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010¹⁰ y noviembre 1° de 2012¹¹, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

La anterior posición jurisprudencial ha sido reiterada por esta Corporación en

¹⁰ Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

¹¹ Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11), Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “*Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general*”.



fallos de 22 de agosto de 2013¹² y 19 de febrero¹³, 2 de julio¹⁴ y 9 de julio de 2015¹⁵.

En tales condiciones, el principio de favorabilidad en materia laboral es aplicable en aquellos casos en que existan dos normas o una con diferentes interpretaciones, para lo cual deberá aplicarse la más favorable, siempre que las normas en cuestión tengan vigencia para el momento en que se consolidó el derecho reclamado.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 reguló lo concerniente a la pensión de invalidez, así:

Artículo 38. Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera *inválida* la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Artículo 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- 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 el estado de invalidez.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos

¹² Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 88001-23-31-000-2012-00002-01 (1756-2012): «*En la normatividad no existe un límite de tiempo establecido de manera expresa, dentro del cual una persona pueda buscar, en virtud del principio fundamental de favorabilidad y de igualdad, la aplicación retrospectiva del marco pensional consagrado en la Ley 100 de 1993.*

Por principio de seguridad jurídica, y porque no puede darse pie a que dicho término quede al arbitrio del interesado, la aplicación retrospectiva de la ley general de seguridad social en materia pensional, debe ser limitado su uso en el tiempo, y como no existe uno fijado, razón por la que estima esta colegiatura que habrá de acudirse al régimen general de prescripción para reclamo de prestaciones sociales, previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, término que se contará a partir de la entrada en vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 a nivel nacional y 30 de junio de 1995 a nivel territorial¹²-, y cobija casos cuyos supuestos se hayan estructurado dentro de los tres (3) años anteriores a dicha fecha».

¹³ Expediente 05001-23-31-000-2011-00501-01 (3533-13), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁴ Expediente 13001-23-31-000-2011-00756-01 (300-14), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ Expedientes 17001-23-33-000-2013-00153-01 (1293-14) y 05001-23-33-000-2012-00166-01 (3571-13), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



del artículo 33 de la presente ley.

Y en lo relativo a pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, la referida Ley determinó:

Artículo 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca,
[...]

Por otra parte, el texto original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, también vigente para la fecha de la muerte del finado (esto es, antes de su modificación por el 13 de la Ley 797 de 2003), preceptuó como beneficiarios, de primer y segundo orden, de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite y a los hijos y las condiciones que se deben acreditar para tener derecho al beneficio prestacional:

Artículo. 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y~~^[16] hasta su muerte, y **haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido**

- b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

[...] (se destaca).

Asimismo, en cuanto al monto de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, el artículo 48 de la mencionada Ley 100 de 1993 preceptuó:

¹⁶ El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1176 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

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

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

De la citada normativa, en lo que atañe al *sub lite*, se tiene que el o la cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite interesado en la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional deberá demostrar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte, cuya convivencia no podrá ser inferior a dos (2) años continuos anteriores al fallecimiento, a menos que «[...] *haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido*»; y estos también tendrán derecho hasta los 18 años o a los 25, cuando sean estudiantes y dependientes económicos; o cuando son inválidos y mientras subsista esa condición.

3.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Según cédulas de ciudadanía de los señores Roberto Ibarra e Isabel Cristina Ibarra Bolaños, ellos nacieron el 10 de noviembre de 1966 y 13 de julio de 1973, respectivamente (ff. 62 y 65 c. de pruebas)

b) Certificación de tiempo de servicio expedida por el coordinador del grupo de archivo general del Ministerio de Defensa Nacional, en la que indica que el soldado voluntario Roberto Ibarra ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 3 de julio de 1987 y su retiro se produjo mediante acto administrativo



OAP 1018 de 1996, a partir del 1º. de marzo de 1996, es decir, que permaneció vinculado durante 8 años, 7 meses y 27 días (f. 33).

c) Acta de junta médico-laboral militar 1722 de 22 de febrero de 1996, en la que se dictaminó que el citado uniformado padecía una incapacidad relativa y permanente como consecuencia de una hernia hiatal pequeña, trauma lumbar y tuberculosis pulmonar; las dos últimas ocurridas en el servicio, por causa y razón del mismo, con secuelas de lumbalgia secundaria y engrosamiento pleural, respectivamente; se determinó no apto, con una disminución de la capacidad laboral del 58.66% (ff. 27 a 29 c. de pruebas).

d) Resolución 7980 de 4 de julio de 1997 (ff. 10 y 11), por conducto de la que el Ministerio de Defensa Nacional reconoció las prestaciones sociales consolidadas por el retiro del servicio del citado soldado voluntario a partir del 1º. de marzo de 1996, correspondientes a bonificación especial (\$2.263.356) e indemnización por disminución de la capacidad laboral (\$7.296.855).

e) Partida de matrimonio, conforme a la cual los señores Ibarra e Ibarra Bolaños se casaron por el rito católico el 14 de septiembre de 1997 (f. 4).

f) De acuerdo con registro civil de defunción, el señor Roberto Ibarra falleció el 19 de enero de 1998 (f. 5).

g) Registro civil de nacimiento de la señorita Zuly Daiana Ibarra Ibarra, en el que se advierte que nació el 16 de febrero de 1998 y es hija del aludido señor y la accionante (f. 8).

h) Escrito de 26 de abril de 1999 (ff. 68 y 69), en el que la señora Ibarra Bolaños solicita del Ministerio de Defensa Nacional el pago de las prestaciones reconocidas a través de la Resolución enunciada en la letra d), toda vez que su fallecido esposo «[...] *por encontrarse trabajando en Palmira y Buga, en el mes de noviembre, diciembre/97 y enero/98, no se percató sobre la situación del dinero de su indemnización [...] y cuando fue atracado y ultimado el día 19 de enero de 1998 el no tenía conocimiento del giro del dinero pues por esta circunstancia nunca lo reclamó [...]*» (sic).

i) Resolución 2547 de 29 de diciembre de 2000, emitida por el secretario general del Ministerio de Defensa Nacional, en la que ordenó el pago a su cónyuge superviviente e hija de las prestaciones sociales causadas en vida por el finado soldado voluntario y que le habían sido otorgadas por medio de la



precitada Resolución 7980 de 4 de julio de 1997 (ff. 13 y 14).

j) Declaraciones extraprocesales suscritas el 3 de septiembre de 2015 ante la Notaría Única del Círculo de Caloto (Cauca) por los señores James Castillo Díaz y Olga Mercedes Escobar Montoya, quienes expresaron que conocieron en vida al finado señor Ibarra, que era casado con la señora Ibarra Bolaños y procrearon una hija y que ellas dos dependían económicamente de él (ff. 28 y 29).

k) Oficio OFI 16-5137 MDNSGDAGPSAP de 29 de enero de 2016 (ff. 12 y vuelto), con el cual la coordinadora de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional negó la «*pensión de sobrevivientes*» peticionada por la señora Ibarra Bolaños, con el argumento de que «[...] *lo correspondiente al reconocimiento de los derechos prestacionales ocasionados por la muerte [del señor Roberto Ibarra] se resolvió por medio de resolución No 7980 del 14 de julio de 1997, acto administrativo que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriado y por ende agotada la vía gubernativa, no existiendo actuación administrativa alguna que adelantar, reconocer o dinero por cancelar por parte de esta Dependencia sobre este hecho [...]*» (sic).

l) En el curso del proceso se recaudaron los testimonios de los señores Dorian Córdoba Díaz, Hugo Catacolí Fernández y James Castillo Díaz, quienes eran amigos del causante y de la señora Isabel Cristina Ibarra Bolaños y dieron cuenta de su relación de pareja, que se casaron y procrearon una hija y de la dependencia económica de la esposa frente al fallecido soldado quien era el que mantenía el hogar (CD en f. 110 y f. 109).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el señor Roberto Ibarra (q. e. p. d.) [i] ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 3 de julio de 1987 y se retiró en condición de soldado voluntario a partir del 1º de marzo de 1996; (ii) el 22 de febrero de esa anualidad fue calificado por la junta médico-laboral militar con una pérdida de capacidad laboral del 58,66%, por causa y razón del servicio, y se determinó no apto; (iii) contrajo matrimonio con la señora Isabel Cristina Ibarra Bolaños el 14 de septiembre de 1997, (iv) falleció el 19 de enero de 1998 y (v) procreó una hija con ella, quien nació el 16 de febrero siguiente.

Con ocasión de su deceso, la actora, en condición de esposa sobreviviente y madre de su menor hija, solicitó la sustitución de la pensión de invalidez, a la que tendría derecho su cónyuge de manera póstuma, negada por la accionada a



través de oficio OFI 16-5137 MDNSGDAGPSAP de 29 de enero de 2016.

Así las cosas, en el caso *sub examine*, según la fecha de fallecimiento del señor Roberto Ibarra (19 de enero de 1998), es dable que por favorabilidad se le aplique la Ley 100 de 1993 para efectos del reconocimiento póstumo de la pensión de invalidez, habida cuenta de que en el régimen especial de las fuerzas militares vigente para aquella época no se contemplaba esa prerrogativa para los soldados voluntarios, por lo que le resulta más benéfico el sistema general de seguridad social; por ende, como se acreditó que el extinto soldado perdió el 58.66% de su capacidad laboral y que al momento de determinarse esa merma en su salud había prestado servicios al Ejército Nacional durante más de 8 años (más de las 26 semanas que impone el artículo 39 *ibidem*), le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez consagrada en la referida norma, como lo dispuso el *a quo*, lo cual no es objeto de inconformidad en el escrito de alzada.

Ahora bien, se advierte que en el recurso de apelación presentado por el Ministerio demandado existe controversia en torno la decisión de primera instancia, por cuanto sustituyó tal pensión en la cónyuge e hija del causante, pues, en su criterio, ellas no demostraron la dependencia económica frente a él; no obstante, la Sala aclara que ese reparo carece de vocación de prosperidad, toda vez que el artículo 47 no establece condicionamiento alguno en ese aspecto a la esposa sobreviviente, quien se halla en el primer orden de beneficiarios y, además, procreó una hija con el fallecido; y de cara a esta última, la norma tampoco prevé dicho requisito, cuanto más si los menores de edad dependen económicamente de sus padres, en razón a su incapacidad para generar ingresos propios con el fin de satisfacer sus necesidades vitales (máxime cuando en este caso la menor ni había nacido al acaecimiento de la lamentable muerte de su progenitor), incluso hasta los 25 años algunos hijos también siguen siendo dependientes económicos, dada su condición de estudiantes.

Por otra parte, en lo atañadero al segundo argumento del Ministerio de Defensa Nacional relativo a que el finado soldado voluntario no efectuó cotizaciones para pensión en el sistema general de seguridad social, la Sala destaca que de conformidad con la Ley 131 de 1985¹⁷ y el Decreto 370 de 1991¹⁸ para la época en la que prestó sus servicios en tal condición no se encontraba obligado a realizarlas, pues, como se ha visto, en ese régimen especial no se contemplaba la pensión de invalidez en su favor, por consiguiente, resulta evidente que la

¹⁷ «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario».

¹⁸ «Por el cual se reglamenta la Ley 131 de 1985»



parte apelante invoca un requisito que no era exigible al fallecido trabajador.

En este orden de ideas, vale la pena anotar que frente a la cotización exigida por la Ley 100 de 1993, la sección segunda del Consejo de Estado se pronunció en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018¹⁹ de 12 de abril de 2018, y aunque en dicha providencia se haya abordado la temática de la pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las fuerzas militares en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, fallecidas simplemente en actividad, en lo atinente a las semanas aportadas hizo consideraciones que resultan pertinentes en el caso *sub examine*, al precisar:

[...] quienes prestan el servicio militar obligatorio son afiliados no cotizantes al régimen de Seguridad Social de las Fuerzas Militares, por lo que no sería dable exigirles el requisito mínimo de cotización al que hace alusión el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, empero, sí es viable que durante tal término hayan sido afiliados al sistema, por las razones que pasan a explicarse:

220. En primer término, toda vez que la ley le da beneficios a los afiliados así no sean cotizantes. Es así, como el tiempo de prestación del servicio militar es computado para efectos pensionales (artículo 40 de la Ley 48 de 1993).

221. En segundo lugar, en atención a que la pensión de sobrevivientes no es una prestación de aquellas que provienen de un capital suficiente para su financiación, sino de un sistema de aseguramiento del riesgo por fallecimiento del afiliado, tal como se expuso en precedencia, por lo que no es absolutamente imprescindible una cotización mínima.

222. En tercer lugar, por cuanto una interpretación sistemática de las normas que regulan a quienes se encuentran vinculados en virtud del deber constitucional de prestación del servicio militar obligatorio, permite concluir que ninguna de las prestaciones consagradas en su favor en el Decreto 2728 de 1968, la Ley 447 de 1998²⁰ y el Decreto 4433 de 2004²¹ están supeditadas al sistema de cotizaciones, sino solamente a la afiliación.

También resulta oportuno aclarar que según el artículo 3º. de la Ley 131 de 1985 los soldados voluntarios a partir de su vinculación quedaban sujetos «[...] *al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al*

¹⁹ Expediente 81001-23-33-000-2014-00012-01 (1321-15).

²⁰ Artículo 1.

²¹ Artículo 34.



Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales [...]» (destaca la Sala), que se expidieran para el desarrollo de esa Ley; por consiguiente, los soldados voluntarios hacían parte de los afiliados no cotizantes del sistema de seguridad social de las fuerzas militares y, en consecuencia, el tiempo de prestación de sus servicios era asimilable al cumplimiento del requisito de semanas aportadas contemplado en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, toda vez que al señor Roberto Ibarra (q. e. p. d.) en el régimen especial no se le exigía que realizara aportes para pensión y al ser un afiliado no cotizante del sistema de seguridad social de las fuerzas militares, es dable que se le otorguen los beneficios consagrados en la Ley 100 de 1993, en garantía de sus derechos fundamentales y los de sus beneficiarios.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que la parte demandante logró demostrar que su fallecido esposo y padre cumplió las exigencias de la Ley 100 de 1993, para causar la pensión de invalidez allí consagrada y que a ellas les asiste el derecho a que les sea sustituida, como se dispuso en la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, se tiene que en el escrito de apelación la demandada solicita que se revoque en su integridad el fallo recurrido, que incluye la condena en costas impuesta; al respecto la Sala estima que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365²² del CGP, por remisión expresa del artículo 188²³ del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena. En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 1º. de diciembre de 2016²⁴, así:

²² «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, amulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

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 de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. [...]

²³ «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».

²⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. 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.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. *tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse*». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte accionada, no se impondrá condena en costas.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los



elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, y se revocará la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte accionada.

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:

1°. Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 4 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por las señoras Isabel Cristina Ibarra Bolaños y Zuly Daiana Ibarra Ibarra contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, conforme a lo consignado en la parte motiva.

2°. Revócase la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte demandada, de acuerdo con la motivación de este fallo.

3°. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS