



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de abril de 2024

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00142-00
ACCIONANTE: ARQUIMEDES ORTIZ Y OTRA
DEMANDADA: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL
VINCULADA: NOHRA GARCES NIEVAS
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 066

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El grupo accionante conformado por ARQUIMEDES ORTIZ y AIDA DELMIRA MAMIAN MENESES, identificados en su orden con las cédulas de ciudadanía nro. 10.330.048 y 25.312.453, por medio de apoderado formularon demanda en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento de derecho, contra LA NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL, con la finalidad de que se declare la nulidad de la resolución nro. 1447 de 20 de abril de 2012 y del acto ficto negativo surgido de la no respuesta a la petición elevada el 13 de septiembre de 2017, a través de los cuales la entidad demandada les niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes originada por la muerte del soldado profesional JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN, en cuantía de un salario y medio (1.5) legal mensual vigente, en el 100 %, proporcional en el 50 % en favor de cada uno de ellos.

Pretenden los accionantes, a título de restablecimiento del derecho, que se reconozca en favor de los mismos la mencionada prestación, en los porcentajes indicados, con el pago retroactivo de las mesadas causadas desde la fecha del fallecimiento de su hijo, debidamente indexado a la fecha del pago e inclusión en nómina.

Igualmente buscan la declaración judicial de nulidad del acto administrativo en cuanto al reconocimiento y pago del 50 % de la prestación que se dice fue indebidamente reconocido a la señora NOHRA GARCES NIEVAS, y la suspensión definitiva del pago.

Por último, pretenden que se condene a la demandada y a la señora NOHRA GARCES al pago de costas procesales y de los honorarios que se causen en el juicio en favor del profesional del derecho que los representa.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que los accionantes son padres de quien en vida se llamó por el nombre de JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN, quien se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional, y en un enfrentamiento militar presentado con un grupo insurgente en el municipio de Caldon, falleció el 8 de agosto de 2010, “*en combate y por acción directa del enemigo*”, según el informe administrativo por muerte nro. 0210 de esa fecha, a quienes les fue reconocida las prestaciones sociales asistenciales.

Que los demandantes concurrieron a solicitar la pensión de sobrevivientes con la señora NOHRA GARCES NIEVAS, quien, se dijo, sin justificación válida adujo haber sido la compañera del causante ORTIZ MAMIAN, y que, sin efectuarse el estudio respectivo de los presupuestos necesarios, como lo es el tiempo de convivencia marital, el 20 de abril de 2012 le fue reconocido proporcionalmente el derecho en el 50 %, siendo dividido el 50 % restante en partes iguales entre los señores Aida y Arquímedes, tomando como base del reconocimiento pensional el equivalente a un salario mínimo mensual vigente, cuando

este debió liquidarse con base en un salario y medio mínimo legal mensual, ya que la muerte del militar se dio en combate y por acción directa del enemigo.

Que ante la irregularidad presentada en la información suministrada por la señora NOHRA GARCES NIEVAS, el 7 de enero de 2015 la hija de los accionantes formuló denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, sin avance alguno en la investigación al momento de formular la demanda.

Finalmente se puso de manifiesto que el 18 de octubre de 2017 los accionantes solicitaron a la entidad accionada la reliquidación pensional a ellos reconocida, tomando como base el 1.5 del salario mínimo legal mensual vigente, como también la suspensión del reconocimiento del porcentaje de pensión reconocido a la señora NOHRA GARCES, petición que el 27 de septiembre de 2017 fue despachada de manera desfavorable, arguyendo la accionada que el acto administrativo de reconocimiento pensional se encuentra ejecutoriado, encontrándose así agotada la vía administrativa, confirmando la negativa con oficio del 7 de noviembre de ese año.

Se indican como transgredidas las siguientes normas: Constitución Nacional: artículos 1, 2, 5, 11, 13, 23, 29, 46, 48, 53 y 90; Ley 100 de 1993: artículos 33, 36, 42, 46, 141 y 289; Ley 1437 de 2011: artículo 95 y como concepto de violación, planteó que la normatividad citada ha sido infringida, por cuanto, las prestaciones que se derivan de la relación laboral son derechos que tienen los mismos efectos de la sucesión y por tanto debe tenerse en cuenta el orden prevalente de beneficiarios de la pensión que constituye una prestación imprescriptible e irrenunciable.

En sus alegatos, la parte actora insistió en que la entidad accionada no realizó la investigación necesaria como tampoco valoró los documentos presentados al momento de reconocer de manera proporcional la pensión de sobrevivencia a la señora NOHRA GARCES NIEVAS, derivada del fallecimiento del militar JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN, y que se pasó por alto los protocolos y procedimientos de verificación, con lo cual se hubiera podido determinar que entre estos no existió convivencia marital.

Refirió que la citada beneficiaria no compareció al juicio, y que los testigos presentados ante notario para dar fe de la supuesta convivencia y dependencia de ella con respecto del causante, no ratificaron su dicho, poniendo en evidencia un actuar fraudulento; que tampoco ha concurrido a la investigación penal impulsada en su contra, y que no acreditó la calidad de compañera permanente para el desembolso proporcional de las cesantías definitivas.

Señaló que de las declaraciones de los testigos traídos al proceso se puede concluir que entre NOHRA GARCES y JOSE ORTIZ no existió relación y vínculo diferente a un corto noviazgo, que no superó un semestre, se dio con vida independiente, sin que por tanto se estructurara una convivencia marital efectiva con dependencia económica, ánimo de permanencia en el tiempo y aspiración de conformar un hogar en forma pública, por lo que no podía ser beneficiaria de la prestación a ella reconocida como tal.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Nación– MinDefensa– Ejército Nacional.

Dentro del término de traslado, la entidad accionada manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, sosteniendo que no existen medios de prueba que desvirtúen la presunción de legalidad de los actos objeto de control jurisdiccional, como tampoco del derecho pensional que le asiste a la señora NOHRA GARCES en calidad de compañera permanente del causante.

Que la hoy demandante pasó más de una década sin reclamar la prestación económica, lo cual constituye indicio de falta de sujeción al patrimonio económico del finado y que sugiere que se ha hecho a sus propios medios para subsistir.

Formuló las excepciones que denominó: legalidad del acto administrativo demandado, ausencia de dependencia económica, prescripción de mesadas pensionales, y ausencia de pruebas que desvirtúen el derecho de la señora Nohra Garcés.

En sus alegatos de conclusión, insistió en la solicitud de que sean negadas las pretensiones de la demanda, indicando que la solicitud de ajuste de la prestación reconocida a los accionantes con base en 1.5. s.m.l.m.v. no cuenta con sustento legal alguno, pues la Ley 447 de 1998 invocada, indica que recae sobre los beneficiarios de quienes fallecieron en combate o acción del enemigo de aquellos que se encuentran prestando el servicio militar, considerando inaplicable la norma al caso en cuestión, en razón a que el causante JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN después de prestar el servicio militar se incorporó como soldado profesional, y añadió que el acto enjuiciado fue expedido con estricta sujeción a los límites de su competencia y a la normatividad que rige la materia.

1.3.- Postura y argumentos de defensa de la señora Nohra Garcés Nieves.

Dentro del término de traslado, asistida de curadora Ad-litem, la señora Nohra Garcés Nieves se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, considerando que el acto administrativo de reconocimiento pensional expedido en su favor goza de presunción de legalidad, y se encuentra ajustado a derecho, en especial, al estatuto prestacional del Ejército Nacional, por lo que a su juicio deben ser amparados los derechos pensionales adquiridos, más cuando no se encuentra acreditado la información supuestamente irreal suministrada por la señora Garcés Nieves para la consecución del derecho.

Luego manifestó que, si por disposición de la Ley, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada a partir de la muerte del militar JOSE ALONSO ORTIZ MENESES tienen el derecho a que se les reliquide dicha prestación vitalicia sobre uno y medio salario mínimo legal mensual vigente (1.5 SMLMV), se atiene a lo que disponga el despacho.

En esta etapa procesal la curadora Ad-litem de la vinculada al proceso aseguró que en este no fue posible demostrar que la señora AIDA DELMIRA MAMIAN MENESES tenga el derecho a percibir una cuota de la pensión de sobrevivientes de la que disfruta la señora NOHRA GARCÉS NIEVAS, al considerar que las declaraciones de los señores JORBEY VELASCO MUELAS, DIOMAR VELASCO MUELAS, SILVIA ZAMBRANO y JESUS EIBAR YANDI no logran desvirtuar la relación marital existente entre el señor JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN y la señora GARCÉS NIEVAS, probada además en procesos anteriores.

Manifestó que la ley 447 de 1998 invocada por la parte accionante no se puede asociar a la calidad jurídica del causante, pues este una vez concluyó con la calidad de conscripto ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La procuraduría delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Atendiendo al último lugar de prestación del servicio del causante, el militar ORTIZ MAMIAN JOSE ALONSO, a saber, vereda Río Negro del municipio de Toribio, Cauca, este juzgado es competente para conocer del asunto, en primera instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

No ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado, conforme el contenido de los literales c y d, del ordinal 1. ° del artículo 164 del CPACA, que indica que la demanda podrá ser presentada en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, y producto del silencio administrativo, como ocurrió frente al acto ficto negativo surgido de la no respuesta integral a la petición de reliquidación de la pensión de sobrevivientes elevada por los accionantes el 13 de septiembre de 2017.

2.2.- Problema jurídico.

Conforme a lo expuesto en precedencia, y en concordancia con el litigio fijado en la audiencia inicial, la Litis girará en determinar si hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones nro. 1447 de 20 de abril de 2012 y del acto ficto negativo surgido de la no respuesta a la petición elevada el 13 de septiembre de 2017 a través de los cuales se niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los padres del soldado profesional José Alonso Ortiz Mamian: Aida Delmira Mamian Meneses y Arquímedes Ortiz, en el porcentaje del 50 % a cada uno, a partir del deceso de su hijo.

Igualmente, se deberá determinar si el salario base para la liquidación de la pensión de sobrevivientes corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual como fue dispuesto en el acto de reconocimiento pensional, o corresponde a 1.5 de estos, como se reclama en la demanda.

Asimismo, deberá determinarse si es procedente declarar que no tiene derecho la señora Nohra Garcés Nievas, al pago de la pensión de sobrevivientes, en el porcentaje del 50 % que le fue reconocido en calidad de compañera permanente del señor José Alonso Ortiz Mamian.

2.3.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda en razón a que las pruebas obrantes en el expediente permiten afirmar que en la actualidad los únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los señores Aida Delmira Mamian Meneses y Arquímedes Ortiz, padres del exmilitar José Alonso Ortiz Mamian.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico- presunción de legalidad de los actos administrativos- del régimen especial de la fuerza pública, y (iii) Juicio de legalidad de los actos administrativos objeto de control jurisdiccional.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERO: Lo probado en el proceso.

Parentesco:

- De acuerdo con la copia del folio del registro civil de nacimiento nro. NUIP 1.058.963.472, se tiene que JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN es hijo de AIDA DELMIRA MAMIAN MENESES y ARQUIMEDES ORTIZ -folio 12, índice 02-.

Hechos:

- JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN falleció el 8 de agosto de 2010, hecho que se acredita con la copia del folio del registro civil de defunción nro. 06057974 -folio 14, índice 02-.
- El 7 de enero de 2015 se presentó denuncia penal por parte de la señora LEIDI PAOLA ORTIZ MAMIAN, en contra de la señora NOHORA (sic) GARCÉS NIEVAS, por los delitos de falsedad documental, fraude procesal y estafa -folios 19 y 20, índice 02-, motivada en que la denunciada aportó documentación falsa para reclamar la pensión de sobrevivientes surgida por la muerte del soldado JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN.
- A través de la Resolución nro. 1447 de 20 de abril de 2012 la secretaría general del Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de pensión de sobrevivientes a favor de NOHRA GARCÉS NIEVAS, AIDA DELMIRA MAMIAN y ARQUÍMEDES ORTIZ, en cuantía de \$ 515.000, a partir del 8 de agosto de 2010. En dicho acto administrativo se estableció que el pago se realizará en el 50 % para la compañera permanente y el 50 % para los padres del occiso -folios 21 a 24, índice 02-.

- Mediante la Resolución nro. 0316 de 29 de enero de 2013, la misma dependencia administrativa rechazó el recurso de reposición presentado por los padres del causante en contra de la Resolución nro. 1447 de 20 de abril de 2012, por verificarse que este fue presentado de manera extemporánea, declarando a su vez agotada la vía gubernativa -folios 25 a 27, índice 02-.
- El día 13 de septiembre de 2017, Aida Delmira Mamian Meneses y Arquímedes Ortiz, a través de apoderado, solicitaron al Ministerio de Defensa la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, en calidad de padres del señor José Alonso Ortiz Mamian, tomando como base el equivalente a 1.5. smlmv -folios 29 a 33, índice 02-.
- Mediante oficios OFI 82403 de 27 de septiembre y OFI 95988 de 7 de noviembre de 2017 se informó a los peticionarios que fue resuelto de fondo el asunto a través de la Resolución nro. 1447 de 20 de abril de 2012, acto administrativo que goza de presunción de legalidad y se encuentra en firme -folios 35 a 38, índice 02-.
- Obra el expediente prestacional administrativo del señor José Alonso Ortiz Mamian, del cual, para efectos de resolver el presente asunto, se extrae lo siguiente: -ver carpeta “*EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO*” del expediente digital:
 - Mediante Informe Administrativo por muerte nro. 002/10 de 8 de agosto de 2010, el Ejército Nacional indicó que la muerte del señor José Alonso Ortiz Mamian, ocurrió “*EN COMBATE POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO*” -folio 5 del expediente-.
 - El 28 de septiembre de 2010 los señores ARQUIMEDES ORTIZ y AIDA DELMIRA MAMIAN firmaron formato dirigido ante el comandante del Ejército Nacional, determinando que los dineros adeudados por concepto de prestaciones sociales sean consignados a cuentas de ahorros del Banco Agrario -folios 12 y 13-.
 - Con escrito de 12 de octubre de 2010 la señora Nohra Garcés Nievas solicitó al Ejército Nacional suspender cualquier trámite concerniente con la indemnización a reconocer por la muerte de su compañero permanente, soldado José Alonso Ortiz Meneses, de quien dijo, dependía económicamente y convivieron en unión marital por más de dos años -folio 20-.
 - Con oficio de 19 de noviembre de 2010, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional informó a la señora Garcés Nievas, que a esa fecha los padres de José Alonso Ortiz Meneses se habían presentado a reclamar la indemnización por causa de muerte, y que junto a ella se reconocerá prestaciones sociales (cesantías, pensión de sobrevivientes, tres meses de alta y servicios médicos) según orden de beneficiarios, y para el efecto debía aportar, entre otros, sentencia judicial que declare la existencia y liquidación de la unión marital -folios 27 y 28 del expediente-.
 - El 20 de octubre de 2010 los señores ARQUIMEDES ORTIZ y AIDA DELMIRA MAMIAN MENESES rindieron declaración juramentada con fines extraprocesales, ante notario, manifestando ser los padres de JOSE ALONSO ORTIZ MAMIAN, de estado civil soltero, quien, dijeron, no convivía en unión libre con nadie y no tuvo hijos; que dependían económicamente de él para todos sus gastos, y que no conocen persona con mejor derecho a reclamar -folio 22 del expediente -.
 - El 14 de septiembre de 2010 bajo juramento rindieron declaración ante la Notaría Segunda de Popayán, los señores Manuel Julián Orejuela Rincón y Javier Alberto Angola Ararat, en la cual, indicaron que conocieron a José Alonso Ortiz Mamian, quien dijeron convivió en unión libre con la señora Garcés Nievas por espacio de 2 años y 4 meses, y dependía económicamente del causante -folio 23-.

- Del documento denominado liquidación de servicios nro. 3-1058963472 de 12 de mayo de 2011 -folios 25 y 26-, se acredita que el señor José Alonso Ortiz Mamian prestó servicios al Ejército Nacional por un periodo de 5 años, 1 mes, 9 días, así:
 - Servicio militar – soldado regular: 1 año, 10 meses y 12 días (24 de mayo de 2005 al 6 de abril de 2006).
 - Alumno soldado profesional - soldado regular: 1 mes y 25 días (6 de junio de 2007 al 31 de julio de 2007).
 - Soldado profesional: 3 años, 7 días (1 de agosto de 2007 al 8 de agosto de 2010).
- A través de la Resolución nro. 130366 de 8 de febrero de 2012, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional reconoció cesantía definitiva, por valor de \$ 1'405.906, en cuantía de 25 % para cada uno de los padres y 50% a órdenes de la Caja Promotora de Vivienda Familiar, hasta tanto se aporte la documentación solicitada a la señora Nohra Garcés Nievas -folios 40 a 44.
- Mediante Resolución nro. 185423 de 5 de noviembre de 2014, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional declaró prescrito el derecho a reclamar el 50 % del valor de las cesantías reconocidas a la señora Nohra Garcés Nievas, y declaró como beneficiarios de dicha prestación a los padres del señor José Alonso Ortiz Mamian -folios 84 y 85.
- Los juzgados primero, segundo, séptimo, y décimo administrativos de Popayán; quinto, noveno, dieciséis, dieciocho y diecinueve administrativos de Cali, informaron que verificado el sistema SAMAI y el archivo de los despachos no se encontró demanda presentada por la señora Nohra Garcés Nievas, identificada con C.C. nro. 1.144.139.874. En el mismo sentido, obra certificación expedida por la Oficial Mayor de este despacho, en la cual certifica que verificado el aplicativo SAMAI, la página de la Rama Judicial- Consulta de procesos, no se encontró proceso adelantado por la señora Garcés Nievas, en los distritos judiciales del Valle del Cauca y Cauca.
- Se recaudó el testimonio de ORBEY VELASCO MUELAS, DIOMAR VELASCO, SILVIA ZAMBRANO y JESUS EIBAR YANDI, quienes en suma pusieron de manifiesto los siguiente:

ORBEY VELASCO MUELAS. Ciudadano identificado con la cédula de ciudadanía nro. 10.753.483. En suma, indicó conocer a la señora Aida y a su hijo José Alonso, militar a quien conoció y lo distinguió y que murió en combate, quien sostenía económicamente (arriendo y alimentación) a sus padres. Dijo que ella vivía con el señor Arquímedes y los niños pequeños, y que su hijo militar prestó el servicio por espacio de 6 años. Lo anterior le consta por cuanto vivían en casa de la hermana. Afirmó conocer a la señora Nohra Garzón Nievas, quien cree estudiaba y vivía con la mamá Abigail, que ella visitaba al militar cuando salía de permiso una o dos veces al año, y quien vivía en Cali, se veían uno o dos días, y ella retornaba a su casa, y él a seguir prestando el servicio al Ejército, era una relación de noviazgo, pero nunca tuvieron estabilidad o que él respondiera económicamente por ella, no era una relación de pareja formalizada, no residían en parte alguna, y no la presentaba como su esposa por ser un simple noviazgo, desconociendo tiempo de duración de este.

DIOMAR VELASCO MUELAS: Ciudadana identificada con la cédula de ciudadanía nro. 48.570.415. En resumen, afirmó conocer a los accionantes 17 años atrás, porque fueron arrendatarios de un inmueble de su propiedad por contrato celebrado por el señor José Alonso Ortiz – soldado profesional de aproximadamente 25 años de edad, quien estaba a cargo de ellos, pagaba arriendo y servicios, ya que el padre se dedicaba a la agricultura y servicios varios. En el año le daban permiso dos veces al año para visitar a sus padres, dormía con sus hermanos. Dijo tener el militar una relación de noviazgo con la señora Nohra Garcés por espacio de tres meses hasta la fecha en que tuvo el accidente fatal, quien lo visitaba y regresaba para su casa en el mismo día. Indicó desconocer a qué actividad se dedicaba la señora Nohra, que ella vivía en Cali y cuando se veía con José Alonso se hospedaba donde un tío que vivía

a unos 20 minutos. Aseguró que ellos no convivían juntos, ya que llegaba a su casa a visitar a sus padres, y sus hermanos estudiantes, y el mayor quien prestaba servicio militar obligatorio, sin conocer otro lugar de residencia, ya que llegaba a la vivienda de su propiedad y antes vivían en Bolívar, Cauca, desconociendo si existió convivencia entre el militar y la señora Nohra, ya que no regresó a dicha localidad.

SILVIA ZAMBRANO VELASCO: Ciudadana identificada con la cédula de ciudadanía nro. 48'572.344. Ama de casa, residente en la vereda PuenteCita hace 22 años, afirmó vivir en unión libre con el señor ORBEY VELASCO veintiún años atrás. Indicó conocer a José Alonso Ortiz unos 12 años atrás, quien siempre llegaba a visitar a sus padres y hermanos, que era soldado profesional del Ejército más o menos 6 años antes, y que no conoció que tuviera relación de pareja al inicio, aunque vio luego llevaba a su casa a la novia llamada Nohra, quien vivía cerca, donde abuelos y mamá, pero no convivían juntos, ni con los suegros, la vio una vez cuando en permiso llegó a visitar a sus padres. Dijo residir a unos 50 metros de distancia, y le consta que la señora Nohra visitó por una sola vez a José Alonso, quien les pareció raro a ella y vecinos que al fallecer ella no asistió a la entrega del cadáver. Desconoce el motivo por el cual la señora Nohra reclama la pensión de sobrevivientes, considera es por interés económico, pero no era legal, ya que el soldado solamente quería apoyar a padres y hermanos, y agregó que él no convivió con ella, por ser muy apegado a sus padres y siempre estaba en casa, ella lo visitaba, agregando que no cree que tuvieran convivencia antes porque ellos vivían en un rancho de plástico, por eso el afán de él de sacarlos del lugar, y que él le mencionó de manera jocosa que no había nacido la mujer madre de sus hijos.

JESUS EIBAR YANDI ZAMBRANO: Ciudadano identificado con la cédula de ciudadanía nro. 4'742.827, residente en la vereda PuenteCita, maestro de construcción, convive con la señora DIOMAR VELASCO MUELAS. Aseguró conocer al señor Arquímedes desde el año 2008 aproximadamente, quien se dedicaba a la agricultura cuando gozaba de buena salud, el hijo era reservista en el Ejército, tuvieron poca relación porque laborada por fuera, pero su esposa le informó que ellos necesitaban la casa en arriendo, por intermedio de José Alonso. Dijo que este vivió en la casa arrendada por largo plazo, sin precisión, tiempo durante el cual José Alonso solamente convivió con sus padres, aunque conoció la novia de él quien lo visitaba de vez en cuando, pero no convivían, y le consta que él siempre llegaba a la casa arrendada, dormía con sus hermanos, nunca se percató que hubiera vivido en otro lugar o que hubiera mantenido a la señora Nohra, pues no le alcanzaba para ello. Señaló distinguir a la señora Nohra, pero solamente de saludo, quien la presentó José Alonso como su novia, la misma que dormía en otro lugar cuando se veían. Agregó que en el funeral del señor José Alonso estuvo presente, y en este hizo también presencia la señora Nohra cuando iban saliendo al sepelio, cuando iban hacia el cementerio.

SEGUNDO: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

❖ Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad¹:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decrete la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

❖ Del régimen especial de la fuerza pública.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y, por su parte, los artículos 150, ordinal 19, literal e)² y 217³ de la Constitución Política establecieron 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 desarrollan.

Teniendo en cuenta que el soldado profesional José Alonso Ortiz Mamian, murió en combate el 8 de agosto de 2010, se analizará brevemente el régimen aplicable y vigente para esa fecha.

En ese orden, tenemos que la ley 923 del 30 de diciembre de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el gobierno nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política, dispone:

"Artículo 3. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta

¹ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

² 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"

³ 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".

por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.”

Desarrollando lo dispuesto por la ley 923 de 2004 el gobierno nacional expidió el decreto 4433 de 2004, “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, normativa que en su artículo 1.º dispone:

“Artículo 1. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.” (Hemos destacado).

Complementando la precedente disposición, el artículo 4.º precisa el alcance de ese decreto, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 4º. Alcance. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia.” (Hemos destacado).

Siguiendo ese orden de desarrollo normativo el decreto 4433 de 2004 en su artículo 11 regula el tema de la pensión de sobrevivientes y orden de beneficiarios de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

(...)

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

PARÁGRAFO 1º. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado. (...).” (Hemos destacado).

Disposición legal que en el artículo 19 establece:

"Artículo 19. Muerte en combate. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada como a continuación se señala:

"(...)"

19.2. Para Soldados Profesionales:

19.2.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, si al momento de la muerte el Soldado tiene menos de veinte (20) años de servicios. (...)". (Hemos destacado).

Por su parte, en el artículo 22 se reguló lo relativo a las pensiones de sobrevivientes de los soldados profesionales que se incorporaron a partir de la entrada en vigencia del decreto ley 1793 de 2000, entendiéndose por soldados profesionales los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio.

TERCERO: Juicio de legalidad de los actos administrativos objeto de control jurisdiccional.

Concretamente, en el presente asunto los accionantes Arquímedes Ortiz y Aida Delmira Mamian Meneses buscan: 1) la declaración de nulidad de los actos administrativos, expreso y ficto negativo, a través de los cuales la entidad demandada les niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes originada por la muerte del soldado profesional José Alonso Ortiz Mamian en el 50 % para cada uno de ellos, 2) que la prestación sea ajustada en cuantía de un salario y medio (1.5) legal mensual vigente, y, 3) la declaración judicial de nulidad del acto administrativo en cuanto al pago del 50 % de la prestación que se dice fue indebidamente reconocido a la señora NOHRA GARCÉS NIEVAS, y la suspensión definitiva del mismo.

Entonces, partimos del hecho de que no existe discusión alguna en lo referente a la vinculación por espacio de cinco años, un mes y nueve días -24 de mayo de 2005 al 8 de agosto de 2010-, como soldado regular y posteriormente en calidad de soldado profesional del señor José Ortiz, al Ejército Nacional; del derecho pensional surgido como consecuencia de su fallecimiento en combate por acción directa del enemigo, como tampoco del parentesco parental existente entre aquel y los accionantes.

En efecto, al fallecer en actividad militar el soldado profesional José Alonso Ortiz Mamian, sus padres concurrieron a solicitar la pensión de sobrevivientes con la señora Nohra Garcés Nievas, y a través de la Resolución nro. 1447 de 20 de abril de 2012 la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de la prestación, en cuantía de \$ 515.000, a partir del 8 de agosto de 2010, disponiendo que el pago se realizará en el 50 % para la compañera permanente Nohra Garcés, y el 50 % para los padres del occiso.

Para adoptar la decisión en cuanto al reconocimiento proporcional de la prestación en favor de la señora Nohra Garcés, la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional valoró la declaración por ella misma rendida bajo juramento ante la Notaría Doce de Cali, en la cual afirmó haber convivido con el causante durante dos años y cuatro meses en unión marital de hecho, compartiendo techo, mesa y lecho de forma continua e ininterrumpida, sin procrear hijos y hasta el día del fallecimiento del mismo ocurrida el 8 de agosto de 2010.

Aunque, igualmente del expediente administrativo del señor Ortiz Mamian, se tiene que el 14 de septiembre de 2010 bajo juramento rindieron declaración ante la Notaría Segunda de Popayán, los señores Manuel Julián Orejuela Rincón y Javier Alberto Angola Ararat, en la

cual indicaron que lo conocieron y convivió en unión libre con la señora Nohra Garcés Nievas por espacio de 2 años y 4 meses, quien dependía económicamente del causante.

Al respecto, se torna necesario precisar que, a efectos de demostrar la calidad compañera permanente dentro del proceso contencioso administrativo no se ha implementado ni aceptado jurisprudencialmente el concepto de tarifa legal; quiere decir lo anterior, que se tiene libertad probatoria para acreditar la convivencia y apoyo mutuo con el causante. Nótese que, incluso, fungiendo como juez de tutela, el Consejo de Estado⁴ ha concluido que se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando en sede administrativa se exige probar la unión marital de hecho por medio de declaración de autoridad competente, esto es, por sentencia judicial, veamos:

"Por lo tanto, se repite, la acción de tutela se erige en esta oportunidad como el mecanismo idóneo para verificar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de la demandante. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la conducta de la entidad demandada, consistente en suspenderle a la actora el pago de la pensión de beneficiarios a la que cree tener derecho con ocasión del fallecimiento del señor Sargento Segundo (r) del Ejército Álvaro León Díaz Castro "hasta tanto se aporte a esta entidad declaración de unión marital de hecho declarada por la autoridad competente", esta Corporación, en un asunto similar precisó que no le es dado a la autoridad pública limitar a un solo medio de prueba (sentencia judicial) la demostración de la existencia de la unión marital de hecho, con miras a obtener el pago de una pensión de beneficiarios, habida cuenta de que "resulta desproporcionado que la administración le imponga al particular un tarifa legal a la hora de acreditar un hecho en sede administrativa, cuando la normatividad y la jurisprudencia le han dado plena validez a los medios de convicción ordinarios a fin de acreditar la calidad de compañero permanente para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente". Así discurrió la Sección Segunda de esta Corporación en el asunto que se menciona: "(...) En atención a las consideraciones expuestas y de conformidad con los artículos 34 y 57 del C. C. A., encuentra la Sala vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, pues se le está exigiendo la acreditación de un requisito por un medio que no está contemplado en la ley como el único para probar la unión marital dentro del procedimiento que se adelanta en sede administrativa." El presente asunto es en esencia idéntico al del fallo transcrito, comoquiera que la autoridad demandada –Caja de Retiro de las Fuerzas Militares– ha privado a una compañera permanente, en claras condiciones de indefensión, del derecho a la pensión de sobrevivientes, so pretexto de exigir una sentencia judicial para demostrar la unión marital de hecho, cuando el ordenamiento jurídico no establece dicha tarifa legal, lo cual da lugar a otorgar la protección deprecada, tal como lo dispuso el a quo en el fallo impugnado que, por lo expuesto, se confirmará."

Además, se destaca que, en el aludido acto administrativo de reconocimiento pensional, el Ejército Nacional citó un aparte de la sentencia de tutela proferida por la misma corporación⁵, en la cual se indica:

"En consecuencia, sobre los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento pensional, por oposición al sistema de la tarifa legal, según el cual es la norma jurídica la que debe señalar cuáles tienen la vocación para demostrar una situación fáctica, nos rige la libertad probatoria, por lo que todos los medios de convicción previstos en el C. de P. C. son admisibles".

De esta manera, al revisar el expediente, encuentra el despacho que la calidad de compañera permanente de la señora Nohra Garcés Nievas fue acreditada al momento de reconocerse en su favor de manera proporcional, la prestación pensional surgida por el fallecimiento en combate del soldado profesional José Alonso Ortiz Mamian, por lo que, en consonancia con las precisiones jurisprudenciales expuestas, era procedente la concesión del beneficio, se itera, de manera proporcional, pues debía tenerse igualmente en cuenta la

⁴ Así se refirió en sentencia de 28 de abril de 2011, la Sección Primera, consejera ponente: María Elizabeth García González, radicación número: 19001-23-31-000- 2010-00237-01(AC), actor: Alba Valencia Mera, demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION B, consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia proferida el 24 de febrero de 2011 - Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01944-01(AC) Actor: MARYORY GILDARDO ROJAS Y OTROS. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCION DE VETERANOS Y BIENESTAR SECTORIAL - Referencia: ACCION DE TUTELA.

declaración juramentada que para fines extraprocesales rindieron ante notario, el 20 de octubre de 2010, los señores Arquímedes Ortiz y Aida Delmira Mamian Meneses donde pusieron de manifiesto ser los padres de José Alonso, de estado civil soltero, quien, dijeron, no convivía en unión libre con nadie y no tuvo hijos que dependían económicamente de él para todos sus gastos, y que no conocen persona con mejor derecho a reclamar.

Pese a lo anterior, las pruebas recaudadas en el presente asunto permiten afirmar que el beneficio pensional solamente debe ser reconocido en favor de los padres del militar Ortiz Mamian, conforme los siguientes argumentos:

Se recaudó el testimonio de Orbey Velasco Muelas, Diomar Velasco Muelas, Silvia Zambrano Velasco y Jesús Eibar Yandi Zambrano, quienes al unísono pusieron en evidencia que José Alonso Ortiz Mamian únicamente tuvo una relación informal de noviazgo con la señora Nohra Garcés Nievas, que estos nunca convivieron, que el militar sostenía económicamente a sus padres, que al encontrarse en permiso aquel permanecía en casa en la que residían sus progenitores y hermanos en calidad de arrendatarios, recibiendo esporádicamente la visita de Nohra, quien, en esos momentos pernoctaba en otro lugar, y luego él retornaba a su deber oficial.

Para el juzgado, las declaraciones que ante autoridad notarial rindieron Nohra Garcés Nievas, Manuel Julián Orejuela Rincón y Javier Alberto Angola Ararat, en las que con gran semejanza y simpleza pusieron de manifiesto que el señor José Alonso Ortiz Mamian convivió en unión libre con la señora Nohra Garcés Nievas por espacio de 2 años y 4 meses, y dependía económicamente del citado causante hasta la fecha del fallecimiento del mismo, además de haber sido desvirtuadas hoy con los testimonios de Orbey Velasco Muelas, Diomar Velasco Muelas, Silvia Zambrano Velasco y Jesús Eibar Yandi Zambrano, no pueden ofrecer la veracidad requerida para ser tenidos en cuenta en aras de ser reconocida como beneficiaria de la prestación pensional alegada, pues, en primer lugar, si partimos de las fechas en que el señor Ortiz Mamian prestó su servicio obligatorio y posteriormente voluntario al Ejército Nacional, no pudo haber convivido durante dicho periodo con Garcés Nievas, recordemos que aquel sirvió a la institución castrense por un periodo de 5 años, 1 mes, y 9 días, esto es, desde el 24 de mayo de 2005 al 8 de agosto de 2010, y los últimos tres años estuvo vinculado como soldado profesional, es decir, en actividad oficial permanente, y si bien estos militares tienen derecho a permisos y vacaciones, de acuerdo con la prueba testimonial recaudada en el presente proceso, en esas situaciones administrativas o eventos estuvo con padres y hermanos, en el inmueble de propiedad de la señora Diomar Velasco Muelas, en el cual solamente recibía algunas visitas de quien presentó como su novia. Con todo, si durante los dos años y cuatro meses anteriores a esta última fecha existió una relación entre Ortiz Mamian y Garcés Nievas, puede entonces afirmarse que esta no contó con los presupuestos necesarios requeridos para que se constituyera en una relación formal y que demostrara convivencia y dependencia económica de ella frente al militar, tan así, que el 7 de enero de 2015 se presentó denuncia penal por parte de la señora Leidi Paola Ortiz Mamian, en contra de la señora Nohra Garcés Nievas, por los delitos de falsedad documental, fraude procesal y estafa, motivada en que la denunciada aportó documentación falsa para reclamar la pensión de sobrevivientes surgida por la muerte José Alonso.

Tampoco existe prueba que permita afirmar que, en vida, antes de ingresar o durante su vinculación al Ejército Nacional el militar hubiera informado a la institución o puesto en evidencia una relación de convivencia y apoyo económico brindado a quien se dice fue su novia.

En adición a lo anterior, el despacho consideró necesario recaudar el testimonio de los señores Manuel Julián Orejuela Rincón y Javier Alberto Angola Ararat, en aras de que eventualmente ratificaran la declaración efectuada ante notario o la modificaran, y se pronunciaran sobre los hechos que giran en torno a la demanda, pero estos no acudieron al llamado judicial, de esta manera, goza de mayor credibilidad el testimonio de Orbey Velasco Muelas, Diomar Velasco Muelas, Silvia Zambrano Velasco y Jesús Eibar Yandi Zambrano, además, porque estos conocen al señor José Alonso Ortiz Mamian, a sus padres y hermanos, tuvieron una relación más estrecha y directa y de vieja data con ellos, y pusieron de manifiesto de manera diáfana, que el militar no tenía relación formal de convivencia con

Nohra, y que esta de manera alguna dependía económicamente de él, lo que en efecto ocurre frente a sus padres.

Para esta autoridad judicial, por tanto, en la actualidad se deberá tener en cuenta lo previsto en el artículo 11 numeral 11.4 del Decreto 4433 de 2004 “*Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante*” ya que si bien en sede administrativa pudo establecerse el vínculo de convivencia y dependencia económica de Nohra con respecto a José Alonso, las pruebas obrantes en el presente proceso lo han desvirtuado.

Ahora, en lo que respecta a la pretensión de la demanda relacionada con que la prestación pensional sea ajustada en cuantía de un salario y medio (1.5) legal mensual vigente, debe precisar el despacho lo siguiente:

El artículo 13 del mencionado Decreto 4433 de 2004, reza:

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

"(...)"

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000" (Hemos destacado).

Por su parte, el artículo 1.° del Decreto 1794 de 2000 señala:

"Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Ahora, el numeral 3.8 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004⁶, establece:

"ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

"(...)"

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Hemos destacado).

A su vez, el artículo 34 del referido Decreto 4433, indica:

"Artículo 34. Muerte en combate del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio. A la muerte de la persona vinculada a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional 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 ascendientes en primer grado de consanguinidad o civil, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión vitalicia, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o la Dirección General de la Policía Nacional según el caso, equivalente a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente, en los términos de la Ley 447 de 1998". (Hemos destacado).

⁶ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

Es claro, entonces, que el régimen que gobierna el tema pensional para sobrevivientes, en cuanto a soldados profesionales que mueran en combate, como ocurrió en el caso en concreto, establece que la base de liquidación debe ser de un salario mínimo legal mensual vigente, a diferencia de quienes por la misma causa fallezcan prestando el servicio militar obligatorio, cuya prestación ascenderá a 1.1/2 de estos, por lo que esta pretensión no está llamada a prosperar, más cuando en la demanda no se formuló argumento válido jurídicamente soportado para ese fin, y en sede administrativa los accionantes invocaron las leyes 447 y 448 de 1998, la primera que regula el tema pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio, y la segunda trata sobre medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y otras disposiciones en materia de endeudamiento público, temas que distan del caso en estudio.

Igualmente, la demanda trae como argumento que debió efectuarse un ascenso póstumo para efectos de elevar la pensión a 1.1/2, fundamento equivocado si se tiene en cuenta que el Decreto 4433 de 2004 no contempla el ascenso póstumo y sus haberes para las situaciones de muerte en combate de soldados profesionales, pues dicho ascenso era una prerrogativa consagrada en el Decreto 2728 de 1968 que conllevaba una única indemnización prevista en su artículo 8, regulación que a la postre fue derogada por el artículo 45 del decreto 4433 de 2004, normatividad ésta que consagró un mejor beneficio (la pensión de sobrevivencia).

De otro lado, no se reconocerá monto alguno por concepto de honorarios del profesional actuante como apoderado judicial de la parte actora, pues para ese fin es indispensable que se allegue factura o documento equivalente expedido por el mencionado profesional, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 615 del estatuto tributario y la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, el 18 de julio de 2019 (exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera), con la cual unificó su jurisprudencia en orden a definir criterios en torno al reconocimiento y a la liquidación del perjuicio material, señalando que, tratándose de honorarios profesionales prestados por abogados, la factura o su documento equivalente es la prueba idónea para demostrar el pago.

En conclusión, previa declaración de nulidad parcial de la resolución nro. 1447 del 20 de abril de 2012 por medio de la cual la secretaría general del Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de pensión de sobrevivientes a favor de Nohra Garcés Nievas, Aida Delmira Mamian y Arquímedes Ortiz, en cuantía de \$ 515.000, a partir del 8 de agosto de 2010, en la que se estableció que el pago de la prestación se realizará en el 50 % en favor de la primera y el 50 % para los padres del occiso, dispondrá el juzgado que a través de un nuevo acto administrativo deberá la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes surgida por el fallecimiento del militar, hoy fallecido, José Alonso Ortiz Meneses, exclusivamente en favor de los padres del mismo, a saber, la señora Aida Delmira Mamian y el señor Arquímedes Ortiz, en el 50 % para cada uno de ellos, a partir de la causación del derecho, pero teniendo en cuenta el fenómeno de prescripción.

Asimismo, se ordenará a la entidad cesar el pago de mesadas que por ese concepto se vienen realizando en favor de la señora Nohra Garcés Nievas y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Respecto de la prescripción, tenemos que el artículo 43 decreto 4433 de 2004 consagra una prescripción trienal para las mesadas de las pensiones previstas en dicha normatividad. Veamos:

"Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

(...)"

En ese orden de ideas, como la demanda se admitió únicamente frente a la resolución de reconocimiento pensional y el acto ficto que surgió por la no respuesta de fondo a la solicitud de reliquidación pensional elevada el 13 de septiembre de 2017, será esta la fecha que se tenga en cuenta para el correspondiente pago prestacional, siendo que la demanda se presentó el año siguiente. Así, las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 13 de septiembre de 2014 se encuentran prescritas.

3.- COSTAS.

Conforme el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Bajo este lineamiento, no es del caso condenar en costas ni a la parte demandada como tampoco a la parte vinculada al proceso, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa prosperó parcialmente.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de *legalidad del acto administrativo demandado, ausencia de dependencia económica y ausencia de pruebas que desvirtúen el derecho de la señora Nohra Garcés*, propuestas por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, conforme lo anotado en esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 1447 del 20 de abril de 2012 por medio de la cual la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de pensión de sobrevivientes a favor de Nohra Garcés Nievas, Aida Delmira Mamian y Arquímedes Ortiz, en cuantía de \$ 515.000, a partir del 8 de agosto de 2010, y en el cual se estableció que el pago de la prestación se realizará en el 50 % en favor de la primera y el 50 % para los padres de José Alonso Ortiz Mamian, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la Nación– Ministerio de Defensa– Ejército Nacional, a través de un nuevo acto administrativo, deberá reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes surgida por el fallecimiento de José Alonso Ortiz Meneses, exclusivamente en favor de los padres del mismo, a saber, la señora Aida Delmira Mamian y del señor Arquímedes Ortiz, en el 50 % para cada uno de ellos, a partir del 13 de septiembre de 2014.

Las diferencias de las mesadas de la pensión de sobrevivientes causadas con anterioridad al 13 de septiembre de 2014 se encuentran prescritas, según lo expuesto.

La Nación– Ministerio de Defensa– Ejército Nacional cesará el pago de mesadas que por concepto de pensión de sobrevivientes se vienen realizando en favor de la señora Nohra Garcés Nievas, según lo expuesto.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos:

Sentencia NREDE núm. 066 de 30 de abril de 2024
Expediente: 19-001-33-33-008-2018-00142-00
Accionante: ARQUIMEDES ORTIZ Y OTRA
Demandado: MIN. DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

mapaz@procuraduria.gov.co;
abogada@hotmail.com;
luzmallama1705@gmail.com;

oscarmarinoaponzaabogado@hotmail.com;
av-notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co;

OCTAVO: En firme esta providencia, entréguese copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del CGP y archívese el expediente. Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOVENO: En cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo PCSJA23-12068 del 16 de mayo de 2023 y en la Circular PCSJC24-1 de 11 de enero de 2024 - Operación de SAMAI en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para todos los efectos, **la comunicación procesal** debe hacerse por la plataforma SAMAI a través de la VENTANILLA VIRTUAL y para la atención de las siguientes solicitudes: Acceso a SAMAI, Radicación de Memoriales, Solicitud de Copias, Solicitud de Citas, Radicación de contestaciones.

<https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>

Junto al memorial cargado a SAMAI, el usuario deberá acreditar la remisión del memorial a las partes, en cumplimiento de la carga procesal prevista en el artículo 3 de la ley 2213 de 2022, so pena de la declaración de desistimiento tácito de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:
Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 6f7705f3e4634d54730405176988fa9a7cf7af55658183c9676a6d16450d4eb4

Documento generado en 30/04/2024 02:42:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>