



TEMA	RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE y/o SUSTITUCIÓN PENSIONAL
RADICACIÓN	73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a resolver la presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por el señor **YULY LORENA ORTIZ MEDINA**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad de los siguientes actos Administrativos: oficios No. OF16-79320 del 6 de octubre de 2016; No. OF16-80764 del 11 de octubre de 2016 y No. 20163171578321 del 19 de noviembre de 2016, mediante el cual la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional negó las siguientes peticiones:

a) La reliquidación de la pensión de sobreviviente de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000.

b) La reliquidación de la asignación de retiro del demandante, dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a:

a) La reliquidación de la pensión de sobreviviente de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000.

b) La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante dándole correcta aplicación al artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

TERCERA: En virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la pensión de sobreviviente, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

CUARTA: Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.

QUINTA: Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el CGP (Sentencia C- 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

SEXTO: Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho (Fls. 27-28).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: El señor Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.) prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

SEGUNDO: Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985, fue incorporó como soldado voluntario.

TERCERO: A partir del 1° de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

CUARTO: El día 3 de diciembre de 2007, el señor Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.), falleció en combate.

QUINTO: Mediante oficios No. OFI16-79320 del 6 de octubre de 2016; OFI16-80764 del 11 de octubre de 2016 y 20163171578321 del 19 de noviembre de 2016 la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional dio respuesta a los derechos de petición presentados, negando las pretensiones solicitadas (Fls. 28-30).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000
- Decreto 4433 de 2004: Artículos 13.1.8 y 16

Como concepto de violación, expuso el profesional del derecho, que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales, en donde se establecía que estos tendrían una asignación básica de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% a quienes ingresaron a partir del 1° de enero de 2001, sin embargo señaló que quienes hubieren ingresados antes del 31 de diciembre de 2000 y ostentarán la calidad de soldados voluntarios, seguirían

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

percibiendo la asignación básica de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Frente la anterior situación, el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez en donde se estableció que los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

De lo anterior, le logra concluir que los Soldados Profesionales tienen derecho a que la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobreviviente le sea reliquidada con base a la asignación básica incrementada en un 60%.

Por otro lado, señala que la entidad demandada ha venido dando una incorrecta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad y al monto resultante se le descuenta el 50%.

Ahora bien, de la lectura de la anterior normatividad, se concluye que la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe partir con base al 50% de la asignación básica, la cual debe adicionarse al 38.5% de la prima de antigüedad.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalado que todos los hechos son parcialmente ciertos. (Fls. 57-69)

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite establecido en el artículo 179, en las que se surtieron las siguientes actuaciones:

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 16 de junio de 2017 (Fl. 47), contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 50-55).

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda dentro del término legal (Fls. 57-69).

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 28 de marzo de 2019 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 80). El 4 de junio del año en curso, se realizó la audiencia; en donde se fijó el litigio y se decretaron las pruebas. Finalmente, se corrió traslado para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes, quienes se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en el escrito de demanda como en su contestación (Fls. 84-87).

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme fue abordado en la audiencia inicial, corresponde a esta Judicatura establecer si el acto administrativo censurado adolece de nulidad, y por tal motivo, se ajusta a determinar lo siguiente:

a) ¿Tiene derecho la señora **YULY LORENA ORTIZ MEDINA** y el joven **CARLOS ALBERTO BASTIDAS LOPEZ** a que su pensión de sobreviviente sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, el equivalente a un 20% del salario mensual dejado de cancelar, y por consiguiente se ordene la modificación de la hoja de servicios No. 3-00077162455 del 19 de diciembre de 2007?

b) ¿Tiene derecho la señora **YULY LORENA ORTIZ MEDINA** y el joven **CARLOS ALBERTO BASTIDAS LOPEZ** a que su pensión de sobreviviente sea reliquidada de conformidad con lo establecido en los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004 y 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, con el 50% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad?

6.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Lo primero que ha de señalar este Despacho, es que hay tres cuestiones jurídicas a resolver en este caso, esto es: a) Pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional; b) La reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000 y c) La procedencia de la reliquidación de la asignación de retiro del actor, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

6.2.1. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE Y/O SUSTITUCIÓN PENSIONAL

En primer lugar, procede esta instancia judicial a establecer las diferencias entre sustitución pensional y la pensión de sobreviviente, al respecto la Honorable Corte Constitucional¹ ha señalado lo siguiente:

“Lo primero que debe manifestarse es que, contrario a lo expresado por el a quo -en lo que tiene que ver con la calidad de beneficiarios-, la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional no deben cumplir requisitos distintos para que la administración proceda a estudiar su posible reconocimiento. La diferencia de estas dos instituciones radica en que, la primera de ellas, constituye un beneficio que se otorga a los familiares del fallecido, siempre que este último, sin haberse pensionado por vejez o invalidez, haya cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones un número mínimo requerido de semanas (que según la Ley 797 de 2003, serían 50 en los tres años previos al deceso). La segunda prestación, tiene las características de una transmisión, pues, la entidad administradora de pensiones, debió reconocer y pagar una pensión de vejez o invalidez al causante y aquella es la que se traslada a sus beneficiarios, en la misma cuantía, monto e incrementos que la pensión que devengaba aquel.

En cualquier caso, sea cual sea la naturaleza de esta prestación (sustitución o pensión de sobrevivientes) su finalidad es la de proteger a la familia del de cujus, de los efectos adversos que, en materia económica y emocional, trae aparejada su muerte. Así, esta Corporación ha entendido que esa finalidad se halla fundada en principios

¹ T-076 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

constitucionales como el "(...) de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados", a través del cual se evidencia la injusticia que devendría en dejar a la parte sobreviviente, soportar "las cargas materiales y espirituales" en soledad. De allí que no cualquier familiar se hace merecedor de este reconocimiento prestacional, pues, es el afecto existente entre causante y beneficiarios, nacido de la cercanía y de la existencia de relaciones sólidas y duraderas, el que da pie a que aquel se produzca.

Y es en este punto donde el principio de solidaridad se manifiesta: invitando a pensar, que quien se ve desprotegido repentinamente por el fallecimiento de persona alguna, merece la protección del Estado para lograr su plena realización (no solo económica)." (Destacado en negrilla por el Juzgado)

Frente esta misma situación, el Honorable Consejo de Estado² expuso:

"Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

"[...] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. **La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.** [...]» (Se subraya).

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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 26 de Abril de 2018, Radicación Número: 05001-23-33-000-2014-00428-01(2560-16), C.P. William Hernández Gómez.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

De acuerdo a lo anterior, lo aquí debatido es el derecho a la sustitución pensional, debido a que el señor Rogelio de Jesús Chavarría al momento de su fallecimiento, ya se encontraba disfrutando de la pensión de jubilación." (En negrilla y subrayado en negrilla por el Despacho)

De los anteriores extractos jurisprudenciales, se logra concluir por parte de esta instancia judicial, que la diferencia entre la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, radica que en la primera de ellas la familia tiene derecho siempre y cuando el afiliado al momento de la muerte no ha adquirido su status de pensionado, pero cumple con los requisitos mínimos establecidos en la Ley pensional; mientras la segunda, el afiliado ya disfruta de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, por haber cumplido con los requisitos establecidos en la Ley pensional.

Ahora bien, adentrándonos al caso en concreto, tenemos que el **Soldado Profesional Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.)**, al momento de su fallecimiento, se encontraba en servicio activo y no había cumplido los requisitos mínimos establecidos en la Ley pensional para gozar de una asignación de retiro, por tal motivo, estamos frente a una pensión de sobreviviente y no frente a una sustitución pensional.

Por otro lado, cabe señalar por parte de este Despacho que los derechos pensionales derivados de la muerte de la titular se rigen por las normas vigentes a la fecha de ocurrencia de ese hecho, y, como quiera que el Soldado Profesional Bastidas López (Q.E.P.D.) falleció el 17 de noviembre de 2007, la pensión de sobreviviente solicitada por la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y el menor Carlos Alberto Bastidas Ortiz, está gobernada por las disposiciones contenidas en los artículos 11, 19 y 40 del Decreto 4433 de 2004, que disponen lo siguiente:

"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.

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

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.

(...).

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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:

(...).

Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, **sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.** (En negrilla por el Juzgado).

De la anterior normatividad se logra concluir que, cuando se produce el deceso de un miembro de un Soldado Profesional en combate, el sistema prevé el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios del causahabiente, previo cumplimiento de unos requisitos, tales como: al momento del fallecimiento del causante tener 30 años o más de edad, acreditar vida marital con el causante hasta su muerte y, convivencia continua e ininterrumpida con el fallecido por un periodo no menor a 5 años y, en caso de tener hijos, los mismo fueren menores de 18 años o hasta los 25 años en caso de estar estudiando.

6.2.2. DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DE CONFORMIDAD CON EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 1° DEL DECRETO 1794 DE 2000

Al respecto, sea lo primero indicar que la Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

El artículo 4° ibídem consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

"Artículo 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

Posteriormente, el Decreto 1793 de 2000, expedido por el gobierno nacional en uso de sus facultades extraordinarias, estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, incorporando a quienes estaban vinculados como voluntarios de la siguiente manera:

"Artículo 5. Selección. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

Parágrafo. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Siendo así las cosas, es evidente que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985, tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su voluntad de incorporarse como soldados profesionales, y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el Decreto 1793 de 2000, el cual les otorgaba un beneficio que consistía en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

A su turno, es menester indicar que el artículo 38 del Decreto antes mencionado, señaló:

"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares y en sus primeros artículos consignó:

"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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

De las anteriores normas mencionadas, se logra establecer que aquellos que se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las Fuerzas Militares, acogiéndose al régimen prestacional designado designados para éstos, pero conservando, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado:

“...Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000, contempló un régimen de transición para soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de premiar esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%; por tanto, en razón a que la norma indicó de forma expresa ese derecho, no es necesario analizar la favorabilidad de ambos regímenes pues no es ese el objeto de discusión, como quiera que resulta clara la intención del legislador extraordinario de establecer prerrogativas para quienes venían vinculados como soldados voluntarios, por ello, no puede ser otro el espíritu de la norma”.³

Ahora bien, respecto de la asignación del retiro de los soldados profesionales, el Honorable el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 25 de abril de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez⁴, expuso lo siguiente:

“215. Al respecto, es menester tener en cuenta que, si bien es cierto, no podría hablarse del desconocimiento de derechos adquiridos en materia de régimen pensional, toda vez que quienes fueron soldados voluntarios tuvieron la posibilidad de acceder a una asignación de retiro solamente a partir del Decreto 4433 de 2004, también lo es que, de acuerdo con el artículo 18 *ejusdem*, los aportes de los soldados profesionales para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se calculan sobre el salario mensual y la prima de antigüedad. En ese orden, los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 deberían aportar con base en una asignación equivalente al salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, a diferencia de aquellos que se rigen por el inciso 1 de la norma a quienes les corresponde efectuar aportes sobre el salario mínimo legal aumentado en 40%.

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma, favorabilidad y *pro homine*, postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.

³ Tribunal Administrativo del Quindío, Sentencia del 18 de septiembre de 2015, Radicación No. 63001-3333-755-2014-00027-01 (2015-343), M.P. Juan Carlos Botina Gómez.

⁴ Radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho y sus fines.

218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017⁵, al señalar:

'[...] con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.'

219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.

220. En conclusión, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.

221. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%." (Destacado en negrilla por el Juzgado).

Por lo anterior, se debe concluir que los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales tienen derecho a que la asignación de retiro sea liquidada con base a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

6.3.3. LA PROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CONFORME AL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004

Conforme a lo dispuesto por el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, corresponde al Congreso en ejercicio de la función legislativa "dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios" a los cuales se sujetará el Gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

A través del Decreto 1794 de 2000 se constituyó el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, disposición que estableció expresamente:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación No. 110010325000201000065-00 (0686-2010).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

“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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

Posteriormente, la Ley Marco 923 de 2004 en su artículo 3°, estableció que el régimen de asignación de retiro debía tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, así como los criterios y objetivos allí definidos.

En desarrollo del mandato establecido en esta Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, que en lo atinente al porcentaje y cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales consagró:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por su parte, el artículo 13 ibídem determinó las partidas computables para la asignación de retiro, entre otros, de los soldados profesionales, así:

“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.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”

Frente este tema, el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de Unificación 25 de abril de 2019⁶, señaló:

“233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) Ce-Suj2-015-19, C.P. William Hernández Gómez.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

$(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como

profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

De la anterior normatividad y de la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, considera el Despacho que partiendo de la claridad y literalidad del marco legal antes visto, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales, que antes fueron soldados voluntarios debe ser liquidada aplicando el 70% sobre el salario mínimo mensual incrementado en un 60%, más un 38.5% de la prima de antigüedad, es decir, que a éste último factor se le debe aplicar el porcentaje inicialmente mencionado.

6.3. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. El Soldado Profesional ^(R) **Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.)** prestó sus servicios al Ejército Nacional por espacio de 17 años, 8 meses y 6 días⁷, de la siguiente manera:

CONCEPTO	DESDE	HASTA
Servicio Militar	22-03-1990	14-09-1991
Soldado Voluntario	01-10-1991	31-10-2003
Soldado Profesional	01-11-2003	17-11-2007

2. El joven Carlos Alberto Bastidas Ortiz, nació el 30 de diciembre de 2002, quien es hijo del señor Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.) y la señora Yuli Lorena Ortiz Medina (Fl. 4).

3. Mediante Resolución No. 2339 del 28 de agosto de 2008, la Secretaría General del Ministerio de Defensa, reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y al menor Carlos Alberto Bastidas Ortiz por el valor del 66.68% de mesada pensional y se deja el restante para los hijos menores María Alejandra y Luis Ángel Bastidas Alvarado hasta que se hagan parte dentro del proceso administrativo (Fls. 23-25).

4. Con escritos presentados el día 3 de octubre de 2016, la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y el menor Carlos Alberto Bastidas Ortiz, por intermedio de apoderado judicial, solicitó reliquidación y reajuste de la pensión de sobreviviente (Fls. 5-12).

5. A través del oficio No. OFI16-79320 MDNSGDAGPSAP del 6 octubre de 2016, expedido por la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales, se negó la solicitud impetrada (Fl. 13).

6. Con oficio No. OFI16-80764 MDNSGDAGPSAP del 11 octubre de 2016, expedido por el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales (E), se negó la solicitud impetrada (Fls. 15-16).

7. Mediante oficio No. 20163171578321: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10.del 19 de noviembre de 2016, expedido por el Oficial de Sección de Nomina, se negó la solicitud incoada (Fl. 14).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

8. Según la hoja de liquidación de servicios No. 3-00077162455 del 19 de diciembre de 2007 el Soldado Profesional ^(R) Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.) disfrutó de una asignación básica mensual con las siguientes partidas computables: Sueldo Básico, prima antigüedad de soldado voluntario, seguro de vida subsidiado y prima vacacional (Fls. 19-21).

6.4. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, se procede a resolver si la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y el joven Carlos Alberto Bastidas López tienen derecho a que su pensión de sobreviviente del SP Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.) sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Decreto – Ley 1794 de 2000.

El señor Bastidas López (Q.E.P.D.) ingresó a la Institución Castrense en calidad de soldado regular prestando el servicio militar obligatorio desde el 22 de marzo de 1990 hasta el 14 de septiembre de 1991; posteriormente ostentó la calidad de Soldado Voluntario a partir del 1° de noviembre de 1991 hasta el 31 de octubre de 2003, iniciando como Soldado Profesional a partir del 1° de noviembre de 2003 hasta el 17 de noviembre de 2007, fecha de su fallecimiento. Posteriormente, le fue reconocida la pensión de sobreviviente a la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y el joven Carlos Alberto Bastidas López por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mediante Resolución No. 02339 del 28 de agosto de 2008.

Ahora bien, revisadas los documentos obrantes en el expediente, concretamente del acta de liquidación de servicios No. 3-00077162455 del 19 de diciembre de 2007 del señor Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.), se logra colegir que en su última nómina devengó un sueldo básico por el valor de \$ 607.180.00.⁸

De lo anterior, se logra concluir por parte de este Despacho que el incremento que se venía realizando al SP Bastidas López (Q.E.P.D.) era del 40% de este, toda vez que para el año 2007, siendo este el último año de servicios en las Fuerzas Militares de aquél, el salario mínimo legal mensual vigente estaba en \$ 433.700.00, y una vez efectuado el incremento del 40% arroja como resultado el sueldo básico determinado en el acta de liquidación es decir \$ 607.180.00., cuando en realidad esta se debió haberse liquidado por el valor de \$ 693.920.00

Así las cosas, no hay duda que en este caso el señora Yuly Lorena Ortiz Medina y al joven Carlos Alberto Bastidas López tienen derecho a que la pensión de sobreviviente sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, la cual se tendrá en cuenta para liquidar las demás partidas computables de la asignación de retiro del accionante, es decir, la prima de antigüedad.

Así mismo, se ordenara a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional la modificación de la Hoja de Servicios No 3-00077162455 del 19 de diciembre de 2007.

Finalmente, procede esta instancia judicial a resolver si la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y el joven Carlos Alberto Bastidas López tienen derecho a que su pensión de sobreviviente sea reliquidada de conformidad con lo establecido los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004 y 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, con el 50% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Según el oficio No. OFI16-84567 MDNSGDAGSAP del 24 de octubre de 2016 y la Resolución No. 02339 del 28 de agosto de 2008 emitidos por el Coordinador de del Grupo de

⁸ Folio 19.

⁹ Ibidem.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Prestaciones Sociales, en donde se tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables para la liquidación de la pensión de sobreviviente:

Sueldo Básico	\$ 607.180.00
Prima de Antigüedad	\$ 136.725.00
Total	\$ 743.932.00

Así mismo, la Resolución No. 02339 del 28 de agosto de 2008, expuso lo siguiente:

“Que al tenor de lo dispuesto en el Decreto No. 1794 de 2000, y en concordancia con el Decreto 4433 de 2004 por el fallecimiento del citado Soldado Profesional, se ha consolidado el derecho de reconocimiento el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios legales, equivalente al 50% de las siguientes partidas (...).

Que al causante le fue reconocida una prima de antigüedad del 58.5% correspondiente a 16 años de servicios prestado en calidad de Soldado Voluntario y Profesional, y en virtud de lo previsto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, le corresponde el 38.5% del valor que devengaba en actividad, en la liquidación de la pensión.

Que teniendo en cuenta que el porcentaje de la pensión mensual de sobreviviente, es inferior al salario mínimo legal mensual vigente, es procedente reajustar la misma, de conformidad con lo establecido en la Ley 923 de 2004.”

Indica, la parte actora dentro del libelo genitor, que la pensión de sobreviviente debería reliquidarse de la siguiente manera:

Sueldo Básico	\$ 1.032.804.00
50% del Sueldo Básico	\$ 516.402.00
Prima de Antigüedad 38.5%	\$ 397.629.00
Total	\$ 914.031.00

Por consiguiente, procede este Despacho Judicial a establecer si la liquidación de sobreviviente efectuada por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, fue conforme lo establecido en los numeral 19.2. del artículo 19 del Decreto 4433 de 200, que expuso lo siguiente:

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.

19.2.2. Un monto equivalente al que habrían recibido como asignación de retiro liquidada conforme a lo establecido por el artículo 16 del presente decreto.”

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 19.2.1., que nos remite a su vez al artículo 13 de esa misma normatividad, donde señala cuáles son las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y pensión de sobreviviente:

"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.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto." (Subrayado en negrilla por el Juzgado).

De la lectura de los anteriores artículos, se logra concluir por parte de esta instancia judicial, que la liquidación de la pensión de sobrevivientes se debe tener en cuenta las siguientes reglas: (i) Si el soldado profesional al momento de su fallecimiento se hubiere cumplidos los 20 años o más de servicios en la institución castrense, la liquidación de la pensión de sobreviviente se realizara de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y (ii) Si el Soldado Profesional al momento de su deceso, tiene menos de 20 años de servicios en el Ejército Nacional, la liquidación de la pensión de sobreviviente se hará del 50% de las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, es decir, 50% de la asignación básica y el 50% de la prima de antigüedad acorde con los valores establecidos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004¹⁰.

Teniendo en cuenta las anteriores reglas, se logra determinar que al momento del fallecimiento del SP Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.), este llevaba en el Ejército Nacional por un tiempo de 17 años, 8 meses y 6 días¹¹, por tal motivo, se debe aplicar la regla número 2, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Con base a lo anterior, procede esta instancia judicial a establecer si la pensión de sobreviviente otorgada a la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y al joven Carlos Alberto Bastidas López, se encuentra acorde con lo establecido en el numeral 19.2.1 del artículo 19 del Decreto 4433 de 2004.

Al momento del deceso, el SP Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.), devengó en el mes de noviembre los siguientes factores salariales¹²:

¹⁰ **Artículo 18.** Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

(...).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

¹¹ Fl. 19 del expediente.

¹² Ibidem.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Sueldo Básico	\$ 607.180.00
Prima de Antigüedad	\$ 355.200.30
Seguro de vida subsidiado	\$ 8.389.00
Prima Vacacional	\$ 658.790.00
Total	\$ 962.380.00

De conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 del 2004, se debe tomar la asignación básica y la prima de antigüedad para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, y por tal motivo se liquidó de la siguiente manera:

	Salario del Soldado Profesional	Factores para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente	Descuentos del 50% para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente
Asignación básica	\$ 607.180.00	\$ 607.180.00	\$ 303.590.00
Prima Antigüedad	\$ 355.200.00	\$ 136.752.00	\$ 68.376.00
Total			\$ 371.966.00

Por lo anterior, se observa que la pensión de sobreviviente reconocida a la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y al joven Carlos Alberto Bastidas López, por la muerte en combate del SP Bastidas López (Q.E.P.D.), era inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente establecido para el año 2007¹³, la misma tenía que ser cancelada con base al salario Mínimo Legal Mensual Vigente, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.8 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004¹⁴. Por tal motivo, esta Instancia Judicial negara las pretensiones de la demanda, en cuanto tiene que ver con la reliquidación de la pensión de sobreviviente, como quiera que la misma se encuentra acorde a lo establecido en el numeral 19.2.1 del artículo 19 del Decreto 4433 de 2004.

6.5. PRESCRIPCIÓN

Respecto del fenómeno de la prescripción, cabe señalar que de conformidad con la sentencia de unificación anteriormente mencionada, se deberá advertir que es cuatrienal, en aplicación de los artículos 10¹⁵ y 174¹⁶ de los Decretos 2728 de 1968¹⁷ y 1211 de 1990,¹⁸ respectivamente.

En el presente asunto, a la señora Yuly Lorena Ortiz Medina y al joven Carlos Alberto Bastidas López le fueron reconocidas la pensión de sobreviviente mediante la Resolución 02333 del 28 de agosto de 2008¹⁹; a través de apoderado la demandante solicitó reconocimiento y pago del 20 % que se adeuda al salario base para la liquidación de la pensión de sobreviviente, la cual fue negada mediante oficio No. OFI16-79320 MDNSGDAGPSAP del 6 de octubre de 2016.²⁰

¹³ Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para el año 2007 era por el valor de \$ 433.700.00

¹⁴ Artículo 3°. 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.

¹⁵ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

¹⁶ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁷ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

¹⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

¹⁹ FIs. 23-25.

²⁰ FI. 16

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

Ahora bien, que la parte accionante presentó ante la entidad reclamación de reconocimiento y pago del 20% que se adeuda al salario base para la liquidación de la pensión de sobreviviente, el día **3 de octubre de 2016**, es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento ha operado en el presente caso, respecto de la señora Yuly Lorena Ortiz Medina, en lo que tiene que ver el valor faltante de la asignación básica anteriores al **3 de octubre de 2012**. En consecuencia, se declarará probada de oficio la excepción de prescripción de la pensión de sobreviviente.

Respecto al joven Carlos Alberto Bastidas López, no es posible dar aplicación a la excepción de prescripción, como quiera que al momento de la muerte del SP Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.) es un menor de edad.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 22 de septiembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramirez de Páez, expuso lo siguiente:

“La suspensión de la prescripción a favor de los menores se justifica en la medida en que sus derechos hacen parte de su haber patrimonial y no del de su representante legal, de modo que sólo puede afectárseles con el fenómeno prescriptivo cuando tengan capacidad legal de ejercicio; máxime porque el hecho de que cuenten con una persona que los puede representar legalmente, no significa una garantía de la reclamación efectiva y oportuna de sus derechos, por lo que es inadmisibles sujetarlos a la suerte que dispongan quienes los representan.

Sumado a lo anterior, resulta acorde con los postulados del Sistema Constitucional Colombiano que pregonan la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Constitución), la suspensión del término de prescripción extintivo mientras ellos adquieren capacidad, pues sólo así se garantiza que puedan participar de manera efectiva en la obtención de los derechos que adquirieron siendo menores de edad y que, por lo mismo, no pudieron reclamar.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

Frente esta misma situación el Honorable Tribunal Administrativa del Tolima, en sentencia del 21 de marzo de 2013 con ponencia de la Dra. Susana Nelly Acosta Prada²¹, que señala:

“Bajo la anterior directriz jurisprudencial, esta Sala encuentra necesario modificar la sentencia de primera instancia en el entendido de especificar que en razón a la suspensión de la prescripción a favor del niño (...), aplicable en razón a que el Decreto 1211 de 1990 regula el término de la prescripción extintiva y su interrupción, pero no lo concerniente a su suspensión, ante el vacío normativo en este aspecto, es válido hacer la integración normativa con las disposiciones mencionadas del Código Civil, siendo necesario especificar que la pensión de sobrevivientes reconocida al niño (...), deberá cancelarse a su favor desde el 04 de mayo de 2002, fecha en que falleció su padre y hasta que se cumplan los parámetros señalados en el artículo 188 del mismo Decreto.

Debe advertirse que la suspensión de la prescripción solo se reconocerá a favor del niño (...) y no así a favor de su madre Señora LUZ BORRERO PORTILLO, motivo por el cual las mesadas causadas por el periodo que va del 04 de mayo de 2002 al 18 de marzo de 2004 se encuentran prescritas para la demandante BORRERO PORTILLO.” (En negrilla por el Juzgado).

Ahora bien, se encuentra demostrado dentro del proceso de la referencia que el Joven Carlos Alberto Bastidas López es hijo del señor SP Luis Alberto Bastidas López (Q.E.P.D.),

²¹ Radicado bajo el numero: 73-001-33-31-004-2011-00082-01 (00824-12)

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

quien falleció el 17 de noviembre de 2007, fecha en que la accionante, tenía 4 años de edad, toda vez que nació el 30 de diciembre de 2002.

Por tal motivo, la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del 20 % que se adeuda al salario base para la liquidación de la pensión de sobreviviente, desde el 17 de noviembre de 2007 hasta 30 de diciembre de 2020, fecha que va cumplir la mayoría de edad. Así mismo, cabe señalar por parte de esta instancia judicial, que para el pago de la mesada pensional a partir de los dieciocho (18) años, el joven Bastidas López deberá demostrar que se encuentra estudiando u ostenta alguna incapacidad medica conforme lo establecido en la Ley.

Las diferencias resultantes a favor del demandante, serán objeto de indexación en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de reliquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha del pago de las sumas ordenadas en esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Por último, sobre el reajuste de la pensión de sobreviviente aquí ordenado, la parte demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Así mismo, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, esta Instancia Judicial decretara la nulidad de los oficios No. OFI16-79320 MDNSGDAGPSAP del 6 de octubre de 2016 y No. 20163171578321: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de noviembre de 2016, en consecuencia accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5° que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, toda vez que se la reliquidación de la pensión de sobreviviente de conformidad con lo establecido los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004 y 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, con el 50% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad y se decretó de oficio la prescripción de la mesada pensional en contra de la señora Yuly Lorena Ortiz Medina a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (parte vencida en el proceso), razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a esta última.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de “PRESCRIPCIÓN”, propuesta por la apoderada de la parte demandada – **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al **3 de octubre 2012** a la señora **YULY LORENA ORTIZ MEDINA**.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios No. **OF116-79320 MDNSGDAGPSAP del 6 de octubre de 2016** y No. **20163171578321: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de noviembre de 2016**, expedidos por el Coordinador de Prestaciones Sociales y el Oficial de Nomina del Ejército Nacional.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENARA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, proceda a modificar la Hoja de Servicios No 3-00077162455 del 19 de diciembre de 2007.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, a reconocer a favor de la señora **YULY LORENA ORTIZ MEDINA** las diferencias del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a partir del **3 de octubre 2012**.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, a reconocer a favor del joven **CARLOS ALBERTO BASTIDAS LÓPEZ** las diferencias del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a partir del **17 de noviembre 2007**.

SEXTO: Sobre el reajuste de la pensión de sobreviviente aquí ordenado, la parte demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta respecto del reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de sobreviviente de conformidad con lo establecido los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004 y 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, con el 50% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

OCTAVO: A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

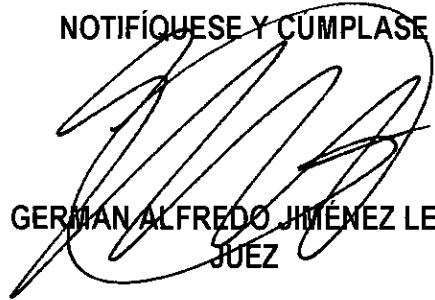
EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00127-00
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YULY LORENA ORTIZ MEDINA
DEMANDADO: EJERCITO NACIONAL

NOVENO: Por Secretaría efectúese la entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso, existan a favor del accionante.

DECIMO: Una vez en firme esta providencia, efectúense las anotaciones en el sistema y archívese el expediente.

UNDÉCIMO: NOTIFÍQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ

