



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandantes: YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO en nombre propio y en representación del menor CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO y KAILY MARIANA CANELO HORTA representada por su madre MIRYAN HORTA OCAMPO.  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL  
Radicación: 73001-33-33-003-2017-00065-00

### ASUNTO

Procede el Juzgado a emitir sentencia en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO en nombre propio y en representación del menor CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO, y KAILY MARIANA CANELO HORTA representada por su madre MIRYAN HORTA OCAMPO, contra la Nación – Ministerio de Defensa.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PRETENSIONES (fls. 24-25)

- 1.1. Que se declare la nulidad del oficio No. OFI16-91655 MDNSGDAGPSAP del 17 de noviembre de 2016, expedido por la coordinadora Grupo Prestaciones Sociales.
- 1.2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación - Ministerio de Defensa, al reconocimiento y pago a favor de la demandante Yeni Alexandra Nieto Castro, actuando en calidad de esposa del causante, madre y representante legal del menor Cristian David Camilo Nieto, al reajuste de la pensión de sobrevivencia con base en un SMLMV más el 60%, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1794 del 2004, desde la fecha de la primera petición, es decir, desde el 23 de marzo de 2016.
- 1.3. El reconocimiento del subsidio familiar en la pensión de sobreviviente, de conformidad con el artículo 13 numeral 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004.
- 1.4. El reconocimiento, inclusión y pago del ascenso póstumo a cabo tercero del señor Jesús Eduardo Camelo en la pensión de sobrevivencia, de conformidad con el artículo 19.1 del Decreto 4433 de 2004, desde el 15 de noviembre de 2016, aplicando la prescripción cuatrienal, y el pago del capital, indexación e intereses de ley hasta el pago total de la obligación.
- 1.5. Que se declare la nulidad del oficio No. OFI16-13217 MDNSGAGPSAP de 29 de febrero de 2016.
- 1.6. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación Ministerio de Defensa, al reconocimiento y pago a favor de Kaily Mariana Canelo Horta, representada por su madre MIRIAN

HORTA OCAMPO, al reajuste de la pensión de sobreviviente con base en el s.m.l.m.v más el 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 2000.

- 1.7. La inclusión y pago del subsidio familiar en la pensión de sobreviviente.
- 1.8. La inclusión y pago del ascenso póstumo a cabo tercero del señor Jesús Eduardo Camelo (QEPD) en la pensión de sobreviviente de la demandante, de conformidad con el Decreto 1211 de 1990, desde el 25 de febrero de 2016, fecha de petición, aplicando la prescripción cuatrienal y el pago del capital indexado e intereses de ley hasta el pago total de la obligación.
- 1.9. Que se condene en costas.

## **2. HECHOS (fls. 25-29).**

Como sustento fáctico relevante se relaciona:

- 2.1. El señor Eduardo Camelo nació el 6 de mayo de 1978 en la ciudad de Bogotá.
- 2.2. El 14 de noviembre de 1997 el señor Jesús Eduardo Camelo (Q.E.P.D.) ingresó como soldado regular al Ejército Nacional, siendo ascendido al cargo de Dragoneante dentro del Ejército Nacional, el día 1 de julio de 1998.
- 2.3. El 15 de mayo de 1999, terminó su servicio militar obligatorio y para el día 7 de octubre de 1999 ingresó como soldado voluntario del Ejército Nacional.
- 2.4. En 11 de noviembre de 2002, ingresó como alumno soldado profesional del Ejército Nacional, siendo ascendido como soldado profesional el día primer (1) de enero de 2003.
- 2.5. Para el 3 de septiembre de 2003, nació Cristian David Camelo, hijo del señor Jesús Eduardo Camelo.
- 2.6. El 26 de enero de 2008, contrajeron matrimonio los señores Jesús Eduardo Camelo y Yeni Alexandra Nieto Castro.
- 2.7. El 5 de febrero de 2011, nació Kaily Kariana Camelo Horta, hija del señor Jesús Eduardo Camelo y la Señora Miryan Horta Ocampo.
- 2.8. El día 5 de junio de 2011, el señor Jesús Eduardo Camelo murió en combate, fecha para la que devengaba un salario \$1.659.764 y subsidio familiar en cuantía de \$371.171.80.
- 2.9. Mediante la Resolución No. 4142 del 16 de diciembre de 2011, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció pensión de sobrevivencia en un 50% para los menores Cristian David Camelo Nieto, por intermedio de YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, y KAILY MARIANA CAMELO HORTA, a través de MIRYAN HORTA OCAMPO.
- 2.10. Por medio de la Resolución No. 4364 del 2 de septiembre de 2014, se ordenó el reconocimiento y pago, a partir del 5 de junio de 2011, del 50% restante de la pensión mensual de sobrevivencia, a favor de la señora Yeni Alexandra Nieto Castro, en calidad de cónyuge supérstite.
- 2.11. La liquidación de la pensión se realizó con base en el sueldo básico del año

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

2011, equivalente al S.M.L.M.V. mas 40%, lo cual corresponde a la siguiente operación:  $\$535.600 \times 40\% = \$214.240 = \$749.840$ .

- 2.12. En la resolución de pensión de sobrevivencia, no fue incluido el subsidio familiar.
- 2.13. El 23 de febrero de 2016, Yeni Alexandra Nieto Castro presentó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa, solicitando el pago del incremento salarial del 40% al 60%.
- 2.14. El 15 de noviembre de 2016, solicitó además, el reconocimiento del subsidio familiar y el ascenso póstumo.
- 2.15. La anterior petición fue resuelta de forma negativa a través de oficio del 17 de noviembre de 2016.
- 2.16. Por su parte, la señora MIRYAN HORTA OCAMPO formuló similar solicitud, la cual fue despachada de forma negativa a través de oficio del 29 de febrero de 2016.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN (fls. 29-40).**

Señala como normas violadas los artículos 2,4,6,13,29 y 53 de la Constitución Política, artículo 10 de la Ley 4 de 1992; decretos 1211 de 1990, 1214 de 1990, 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Frente al reajuste de salario de conformidad con el artículo 1° del decreto 1794 de 2000, señala que el régimen de transición busca el amparo de los derechos adquiridos de los soldados que, con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como soldados voluntarios y que, posteriormente a esta fecha, se incorporaran como soldados profesionales, evento en el cual se les aplicaría en su totalidad el decreto 1794 de 2000.

Respecto al subsidio familiar, señala que en la expedición de la resolución de pensión de sobrevivencia no fue incluida la partida computable del subsidio familiar como si se les efectúa a los demás funcionarios de la fuerza pública, vulnerando con ello, además, el derecho a la igualdad.

Por último, frente al ascenso póstumo a cabo tercero, señala que para los soldados profesionales no se les tiene en cuenta el ascenso póstumo un vez fallecen en combate o por acción directa del enemigo en conflicto internacional o restablecimiento del orden público, como ocurre con los oficiales y suboficiales de Ejército Nacional, razón por la cual, se hace necesario inaplicar por inconstitucional el régimen de los soldados profesionales en el pago de prestaciones y por derecho a la igualdad material debe reconocerse dicho ascenso junto con el pago de las prestaciones de ley, de conformidad con el decreto 4433 de 2004, por lo cual, no efectuarle el reconocimiento del ascenso póstumo se le discrimina como ser humano.

### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 56 - 80)**

La apoderada de la Nación- Ministerio de Defensa se opone a las pretensiones de la demanda, en el siguiente orden:

Frente al incremento del 40% al 60%, sostiene que la parte demandante hace una interpretación errónea del decreto 1794 de 2000, pues el incremento del 60% tiene

exclusiva aplicación para aquellos soldados que continuaron adscritos a la institución como voluntarios, por ende, quienes se vincularon como soldados profesionales, quedaron exceptuados de los beneficios, ello en virtud de la taxatividad y especialidad de la norma. Así, su salario nunca les fue desmejorado, simplemente se acogieron a un régimen legal prestacional distinto.

Respecto al subsidio familiar, indica la parte actora no tiene derecho, pues el decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, señala expresamente que para la liquidación pensional se computan únicamente el salario mensual y la prima de antigüedad, prohibiendo la inclusión de primas, subsidios, auxilios y compensaciones.

Por último, frente al ascenso póstumo, señala que el régimen aplicable a los soldados profesionales esta contenido en los decretos 1793 y 1794, que no contemplan el ascenso póstumo, luego no es jurídicamente viable dar aplicación al artículo 8 del decreto 2728 de 1968. Esto se debe a que tal derecho fue cancelado a los soldados voluntarios que ingresaron antes de la expedición y vigencia de la referida norma, como también a los soldados que prestan el servicio militar obligatorio.

Como excepciones planteó las de *caducidad e indebido agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad*.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **5.1. Demandante:**

Guardó silencio.

### **5.2. Nación - Ministerio de Defensa Nacional (fls. 182-192).**

Reitera los argumentos expuestos al contestar la demanda, agregando que, de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, es regla jurisprudencial que el subsidio familiar no es partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales causados con anterioridad al mes de julio de 2014, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

La anterior regla es aplicable a la pensión de invalidez o sobrevivientes, pues las dos prestaciones están reguladas en las mismas disposiciones estudiadas allí.

## **6. TRAMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 13 de marzo de 2017 (fl. 1), siendo admitida a través de auto fechado 28 de marzo del mismo año, disponiendo lo de ley (fl. 45). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 20 de noviembre de 2017, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 159), la cual se llevó a cabo el día 24 de abril de 2018 (fls. 160-163), oportunidad en la que se decretó una prueba de oficio; por auto del 25 de junio de 2019, se precluyó la etapa probatoria y se ordenó a las partes la presentación escrita de los alegatos de conclusión (fl. 181).

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

193

## II. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si los demandantes tienen derecho a que la Nación - Ministerio de Defensa, les reajuste la pensión de sobrevivientes que les fue reconocida, teniendo en cuenta como base de liquidación, la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, es decir un salario mínimo incrementado en un 60%, la partida correspondiente al subsidio familiar devengado en actividad y, además, el reconocimiento del ascenso póstumo del extinto soldado profesional señor Jesús Eduardo camelo (Q.E.P.D)

### 3. MARCO JURÍDICO

Con miras a resolver la presente controversia, el Despacho determinará: i) régimen salarial de los soldados profesionales ii) sentencia de unificación sobre el salario de los soldados voluntarios incorporados como profesionales iii) evolución normativa y jurisprudencial del subsidio familiar para los soldados profesionales y iv) marco normativo del ascenso póstumo y de la pensión de sobrevivientes de los soldados profesionales.

*i) Régimen salarial de los soldados profesionales.* (Extractado de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, del 16 de marzo de 2017, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00038-01(0168-14)<sup>1</sup>).

1. El artículo 1º de la Ley 131 de 1985, señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares y el artículo 4.º indicó que el soldado voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, la cual debía verse incrementada en un 60% sobre el referido salario.
2. A través de la Ley 578 de 2000, se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.
3. Con fundamento en las anteriores facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 *“Por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”* el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

<sup>1</sup> Actor: LUIS ANTONIO OLARTE VALENCIA Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

En el párrafo del artículo 5º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la “prima de antigüedad” a la que tenían derecho.<sup>2</sup>

4. Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1º definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, indicando que:

- Los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.
- Los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

ii) **Sentencias de unificación sobre el salario de los soldados voluntarios incorporados como profesionales** (sentencia del Consejo de Estado – sala plena de la sección segunda SUJ2-003-16 del 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 3420-15 y sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19).

La máxima Corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN proferida el 25 de agosto de 2016, precisó que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

La anterior posición fue reiterada en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, oportunidad en que la alta Corporación concluyó:

*“4.1. 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%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar*

<sup>2</sup> «[...] PARAGRAFO. 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. [...]»

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. 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%".

### iii) Evolución normativa y jurisprudencial del subsidio familiar para los soldados profesionales.

#### - Del subsidio familiar.

El subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral<sup>3</sup> y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

El sistema de subsidio familiar, fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: En primer término como *"una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad"*.<sup>4</sup>

La ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.<sup>5</sup>

Ahora bien, en el caso específico de los soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares el régimen salarial y prestacional es de carácter especial, requiriendo, por ende, para la implementación del subsidio familiar, de una normativa particular, como en efecto se consagró en el artículo 11 del Decreto 1794

<sup>3</sup>La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las *prestaciones sociales* son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.

<sup>4</sup> Artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-440 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de 2000, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3770 de 2009 se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, dejando el subsidio familiar vigente solo para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que a la fecha de entrada en vigencia del nuevo decreto lo estuvieren percibiendo y aclarando que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual<sup>6</sup>

Luego, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se creó nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, así:

*“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:*

*a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.*

*b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.*

*c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

**PARÁGRAFO 1.** *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.*

**PARÁGRAFO 2.** *Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la*

<sup>6</sup> Norma que fue declarada nula en su integridad con efectos *ex tunc* por el H. Consejo de Estado mediante providencia del 8 de junio de 2017), SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10) al resultar contraria a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

*solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

**PARÁGRAFO 3.** Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

Con este Decreto, también se estableció que el subsidio familiar era partida computable para liquidar la asignación de retiro así:

**“Artículo 5°. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”**

De igual manera, mediante el Decreto 1162 de 2014, el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 923 de 2004, reconoció para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que hubieren devengado en actividad el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 el derecho a que se le reconozca en su asignación de retiro, en la siguiente proporción:

**“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”**

- **Posición jurisprudencial vigente del Consejo de Estado sobre el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.**

El Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda - Consejero Ponente: William Hernández Gómez, a través de la sentencia de Unificación **SUJ-015-CE-S2-2019** del 25 de abril de 2019, dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del Derecho, en la radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), se refirió al subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Fue así que una vez realizado el recuento sobre las normas que regulan dicho emolumento y que acaban de ser sintetizadas por este Despacho, concluyó que los Decretos 1161 y 1162 de 2014 habían modificado el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo que, a partir de la vigencia de aquellos Decretos, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>7</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>8</sup>.

En la sentencia de Unificación se hizo igualmente una distinción entre los soldados profesionales que adquirieron el derecho a la asignación de retiro antes y después de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pues se advirtió que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento del subsidio familiar en un 4% del salario básico mensual, fue solo hasta la expedición de los decretos del año 2014 que dicha partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En vista de lo anterior, fijó como reglas que:

1. **“Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>9</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>10</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida”.**
2. **“Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal”.**

**iv) Marco normativo del ascenso póstumo y de la pensión de sobrevivientes de los soldados profesionales.**

El artículo 8º del Decreto 2728 de 1968, *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”*, frente al ascenso póstumo, consagró:

***“ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.***

<sup>7</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>8</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

<sup>9</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>10</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

*A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.” (Subraya fuera del texto original)*

De la norma en cita, se puede evidenciar que el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, estableció tres beneficios diferentes para los eventos en que los soldados<sup>11</sup> perdieran su vida en servicio, aclarando que i) cuando la muerte fuera en combate o por acción del enemigo tendían derecho al ascenso póstumo a Cabo Segundo, 48 meses de haberes de ese grado y el pago doble de cesantías, ii) cuando fuera en misión del servicio tendrían derecho a 36 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo y iii) cuando fuera en simple actividad tendría derecho a 24 meses de sueldo básico de un Cabo Segundo.

En este sentido encontramos que dicho régimen contemplaba un ascenso póstumo de los soldados al grado de Cabo Segundo y una indemnización a favor de los beneficiarios del militar que resultaba muerto, teniendo en cuenta para su tasación el citado grado, sin que hiciera mención a la posibilidad de éstos a obtener una pensión de sobrevivientes. Es decir, el ascenso póstumo fue fijado no para efectos pensionales, sino con el fin de establecer el monto de la liquidación de la indemnización por muerte de un Soldado o Grumete.

Frente a la muerte en combate, El Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, en lo atinente a la muerte en combate, estableció:

*“Artículo 189. Muerte en combate. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

*a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.*

*b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.*

*c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*

*d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto”.*

Frente a la anterior disposición, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la pensión de sobrevivientes

<sup>11</sup> Siendo del caso aclarar que para esa época existían dos clases de soldados, los conscriptos (regulares, campesinos y bachilleres) y los voluntarios.

a favor de los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, dando aplicación al Decreto No. 1211 de 1990, dirigido a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Al respecto, el Consejo de Estado consideró: *“en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad y favorabilidad laboral, en los eventos en que se produzca la muerte de un soldado regular (soldados voluntarios, vinculados para prestar el servicio militar obligatorio, oficiales y/o suboficiales) -sic- en servicio activo, en combate o por acción directa del enemigo, bien sea que se trate en el marco de un conflicto Internacional o de operaciones para el restablecimiento o mantenimiento del orden público interno, los beneficiarios del causante tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, tal como lo preceptúa el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990. (...)”*<sup>12</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado: *“al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales, en este caso la señora Luz Edilia Penagos Hoyos y su menor hijo Brayner Estrada Penagos, del soldado muerto, como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del Decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros, por lo que la Sala, ante el vacío legal del Decreto 2728 de 1968, tendrá en cuenta para el caso el artículo 185, literal a) del Decreto 1211 de 1990 y ordenará el reconocimiento y pago de la pensión allí establecida, es decir, la mitad para la compañera permanente y la otra mitad para el hijo del causante, de conformidad con la jurisprudencia establecida en el presente fallo. (...)”* (sentencia T-1043 de 2012).

Ahora bien, posteriormente fue expedido el Decreto 1793 de 2000 (el cual empezó a regir 1o. de enero de 2001), a través del cual el Gobierno Nacional fijó el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, sin que en su articulado se haga mención alguna al ascenso póstumo al grado de Cabo Segundo.

Bajo este panorama, se tiene que, si bien el nuevo régimen prestacional de los soldados profesionales establecía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en lugar de la indemnización que había regido en tiempos pasados, **no contempló la figura de su ascenso póstumo**; sin embargo, es evidente que el reconocimiento de una pensión, a todas luces, es más favorable que el de una indemnización, si se tiene en cuenta que en este último el pago no es periódico y se efectúa por una sola vez.

En efecto, la pensión de sobrevivientes busca proteger al núcleo familiar del afiliado que fallece, teniendo en cuenta la relación de convivencia y dependencia económica existente, a efectos de impedir un futuro desamparo de dichas personas, teniendo en cuenta la especial protección de la que goza el núcleo familiar, tal y como lo regula el artículo 42 de nuestra Constitución Política.

Ahora bien, el citado artículo 39 del Decreto 1793 de 2000, fue derogado por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004, disposición que fijó el actual régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública a partir del 31 de diciembre de 2004 **(siendo la normatividad vigente al momento del fallecimiento del soldado profesional Jesús Eduardo Camelo, ocurrida el 5 de junio de 2011)**, el cual, sobre la pensión de sobrevivientes, establece:

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda, sentencia del 23 de febrero de 2017, expediente No. 68001-23-33-000-2013-00534-01 (2146-15).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

203

**“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:**

**19.1. Para Oficiales y Suboficiales:**

**19.1.1. El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) o menos años de servicio.**

**19.1.2. El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.**

**19.1.3. A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso, el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.**

**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”. (Subraya y negrilla del Despacho).**

Como puede observarse, tal como se anunció en la demanda, el Decreto 4433 de 2004, estableció el ascenso póstumo para oficiales y suboficiales, más no para los soldados profesionales. Sin embargo, lo que corresponde establecer al despacho es si esa diferenciación es justificada y si la pensión de sobrevivencia es compatible con el ascenso póstumo.

Sobre el punto, aún no existe un pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado sobre la materia, sin embargo, el Despacho considera que, en virtud de los principios de favorabilidad, progresividad e igualdad, la diferenciación entre soldados profesionales y oficiales y suboficiales del Ejército Nacional frente al ascenso póstumo no tiene justificación alguna, pues es claro que el reconocimiento de este derecho se deriva especialmente de las circunstancias en que ha ocurrido la muerte, esto es, en combate, máxime cuando los soldados profesionales son la primera línea en el campo de batalla.

Bajo ese entendido, el despacho comparte las consideraciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 8 de agosto de 2017, radicado No. 2014-00136, donde se estudió un caso que guarda similitud fáctica al aquí abordado, decisión de las cuales se extraen los siguientes argumentos relevantes:

- Históricamente se han considerado compatibles los beneficios del Decreto No. 2728 de 1968 con la pensión de sobrevivientes (excepto para los conscriptos, dada la naturaleza de su servicio), de modo que no hay razón para considerar que la prescripción expresa de la segunda a favor de los

beneficiarios de los soldados profesionales tuvo la virtualidad de desmontar las prerrogativas consagradas en el Decreto aludido, lo cual implicaría un retroceso frente a la protección contemplada en los casos de muerte en combate o por acción del enemigo.

- La vinculación de los soldados conscriptos surge por mandato constitucional y es estrictamente temporal, de modo que un trato diferenciado *prima facie* resulta válido. Lo mismo puede decirse de los estudiantes y alumnos que pertenecen a las escuelas de formación, quienes en estricto sentido aún no han ingresado a la estructura de la institución militar o policial (y, en todo caso, perciben una compensación calculada con base en un grado superior). Sin embargo, los soldados profesionales hacen parte de la planta de personal del EJÉRCITO NACIONAL y su situación laboral está regulada legal y reglamentariamente, lo cual los asemeja a los Oficiales y Suboficiales (por esa razón la jurisprudencia del Consejo de Estado, como se advirtió, ha extendido los efectos del Decreto No. 1211 de 1990 a su favor); razón por la cual no resulta justificable un trato menos favorable, más aún teniendo en cuenta la causa del fallecimiento.
- En este escenario, fuerza concluir que, en virtud de los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad, el derecho al ascenso póstumo, en los eventos de muerte en combate o por acción directa del enemigo son aplicables a los soldados profesionales.

#### 4. CASO CONCRETO

Empieza el Juzgado por indicar que, con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, se tiene acreditado lo siguiente:

- Según constancia expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, el soldado profesional JESUS EDUARDO CAMELO prestó sus servicios a las Fuerzas Militares por 12 años, 3 meses y 29 días, fungiendo como soldado voluntario desde el 7 de octubre de 1999 y como soldado profesional a partir del 1 de enero de 2003 (fl. 20).
- De acuerdo a certificación expedida el 15 de junio de 2016 por parte del Batallón de combate terrestre No. 66 de Planadas, el soldado JESUS EDUARDO CAMELO falleció el 5 de junio de 2011 por acción directa del enemigo, (ONT FARC compañía explosivos Alfredo González) (fl. 12).
- Mediante Resolución No. 4142 del 16 de diciembre de 2011, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció una pensión mensual de sobrevivientes, consolidada al deceso del soldado profesional Jesús Eduardo Camelo, a partir del 5 de junio de 2011, ordenando pagar el 50% de la pensión reconocida y distribuida en partes iguales, a favor de los menores CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO y KAILY MARIANA CAMELO HORTA.

El otro 50% de la pensión se dejó en suspenso (fls. 13-15).

- Por medio de la Resolución No. 4364 del 2 de septiembre de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció y ordenó pagar el 50% restante de la pensión a favor de la señora YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, en calidad de cónyuge supérstite (fls. 16-18).
- El 15 de noviembre de 2016, la señora YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, en calidad de beneficiaria y también como representante del menor CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO, solicitaron ante la coordinadora de

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

prestaciones sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento del subsidio familiar, el reajuste del 20% y el ascenso póstumo (fl. 6).

- La anterior petición fue despachada de forma negativa, por medio del oficio OFI16-91655 MDNSGDAGPSAP del 17 de noviembre de 2016 (fl. 7).
- Similar petición se formuló el 25 de febrero de 2016 por parte de la señora MIRYAN HORTA OCAMPO en nombre de su menor hija KAILY MARIANA CAMELO HORTA, la cual fue resuelta también en forma negativa a través del oficio No. OFI16-13217 MDNSGDAGPSAP del 29 de febrero de 2016 (fls. 9-10).

#### • Del subsidio familiar

Descendiendo al caso *sub judice*, las pruebas arrimadas demuestran que el señor Jesús Eduardo Camelo prestó sus servicios al Ejército Nacional primero como soldado regular entre el 14 de noviembre de 1997 y hasta el 15 de mayo de 1999, luego como soldado voluntario entre el 07 de octubre de 1999 y hasta el 01 de enero de 2002, como alumno soldado profesional entre el 01 de noviembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2002, y finalmente como soldado profesional entre el 01 de enero de 2003 y hasta el 05 de junio de 2011, para un total de 12 años 3 meses y 19 días de tiempo de servicio.

Así mismo, se observa que en la Resolución 3905 del 29 de septiembre de 2016, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% a los menores Cristian David Camelo Nieto y Kaily Mariana Camelo, y posteriormente, mediante Resolución 4364 del 02 de septiembre de 2014, el restante 50%, a favor de la señora YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, en calidad de cónyuge supérstite, con efectos a partir del **05 de junio de 2011**, teniendo en cuenta para la liquidación de su prestación, únicamente los factores de salario mensual y la prima de antigüedad.

Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004 no incluyó como partida de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar<sup>13</sup>, pero como se vio, a partir

<sup>13</sup> El Decreto 4433 de 2004, que dispuso en sus artículos 13 y 16, con relación a la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales lo siguiente:

"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:

##### 13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

##### 13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales." (Negrillas y subrayas fuera del texto)

"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

de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 se entiende modificado el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y con ello, incluido el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Sin embargo, en la sentencia de unificación **SUJ-015-CE-S2-2019** del 25 de abril de 2019 se fijó como regla para tener en cuenta dicho subsidio como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, que el derecho a la asignación de retiro debe causarse a partir de julio de 2014, esto es, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

Con base en la clara regla fijada por el órgano de cierre y teniendo en consideración que la pensión de sobrevivientes reconocida a los demandantes, lo fue con efectos fiscales a partir del 05 de junio de 2011, no tienen derecho a que el subsidio familiar sea tomado como factor para liquidación de la pensión de sobrevivientes.

Conforme lo analizado, no habrá lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, respecto de la no inclusión del subsidio familiar.

- **Del incremento del 20%:**

Teniendo en cuenta que el señor Jesús Eduardo Camelo (q.e.p.d) ingresó en un primer momento como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 y a posteriori como soldado profesional, el régimen salarial que le resulta aplicable es el contenido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, que tiene derecho a continuar percibiendo un salario mínimo incrementado en un 60%, no obstante la entidad nominadora en ese entonces, el Ejército Nacional, no hizo lo propio.

Con ello, desconoció el principio de progresividad en materia laboral, los derechos adquiridos del soldado y el principio de favorabilidad con que debió aplicarse el artículo 1º del Decreto 1794 en su inciso 2º al momento de liquidar la pensión de sobreviviente de los beneficiarios del señor Camelo (Q.E.P.D)

Ahora bien, en lo que respecta al restablecimiento del derecho, es menester advertir que el señor Jesús Eduardo Camelo falleció el 05 de junio de 2011 según obra el registro de defunción obrante a folio 116 del cartulario. Por lo tanto, los llamados a recibir el reajuste aquí deprecado son aquellos que tengan vocación hereditaria, para lo cual, el Despacho tomará en cuenta a quienes se les reconoció la pensión de sobreviviente mediante resoluciones Nos. 4142 del 16 de diciembre de 2011 y 4664 del 02 de septiembre de 2014, en los porcentajes allí establecidos y mientras el derecho no se extinga por las causales legalmente establecidas.

Por lo anterior, se ordenará que la Nación – Ministerio de Defensa, proceda con el reajuste y pago de la pensión de sobrevivientes de los demandantes, de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

- **Ascenso póstumo.**

Como se vio con antelación, teniendo en cuenta que aún no existe un pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado sobre la materia, este despacho considera que, en virtud de los principios de favorabilidad, progresividad e igualdad, la diferenciación entre soldados profesionales y oficiales y suboficiales del Ejército Nacional frente al ascenso póstumo no tiene justificación alguna, pues es claro que el reconocimiento de este derecho se deriva especialmente de las

---

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”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

circunstancias en que ha ocurrido la muerte, esto es, en combate, máxime cuando los soldados profesionales son la primera línea en el campo de batalla.

Bajo ese entendido, se encuentra acreditado que el soldado JESUS EDUARDO CAMELO falleció el 5 de junio de 2011, como consecuencia de la acción directa del enemigo, esto es, en combate, según se certificó por el propio batallón al que pertenecía el militar.

Así, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del señor CAMELO, tienen derecho al reconocimiento de las prerrogativas propias del ascenso póstumo, de acuerdo al artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968 y en concordancia con los artículos 189 del Decreto No. 1211 de 1990 y 37 del Decreto No. 1793 de 2000, así como los principios de progresividad, favorabilidad e igualdad, máxime cuando no existe razón para otorgar un trato desigual al personal de soldados profesionales en esta específica materia.

En ese orden de ideas, se ordenará a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL que proceda a ascender póstumamente al señor JESUS EDUARDO CAMELO (q.e.p.d.), conforme lo indica el artículo 8° del Decreto No. 2728 de 1968.

Igualmente, a reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de las demandantes, en los porcentajes establecidos en el acto de reconocimiento pensional y hasta que el derecho se extinga, teniendo como referencia lo contemplado en el artículo 19.1 del Decreto No. 4433 de 2004.

## 5. PRESCRIPCIÓN

Este despacho venía sosteniendo la tesis según la cual, había que dar aplicabilidad al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 para contabilizar cuatrienalmente el término de prescripción, ello en virtud del principio de favorabilidad.

Sin embargo, es preciso acoger la tesis vigente al interior del superior funcional H. Tribunal Administrativo del Tolima en sentencias como la del 8 de agosto del 2019 en la radicación 73001-33-33-003-2016-00567-01 con ponencia del Dr. Carlos Arturo Mendieta, en la que analizando el tema de la prescripción, señaló:

*“que la prescripción es un fenómeno que corresponde al derecho sustantivo, cuyos efectos consisten en dejar al sujeto sin posibilidad de ejercitar un derecho. Sin embargo, debe aclararse, que en tratándose de prestaciones periódicas, ello opera sólo respecto de las mesadas que se causen fuera del término, pero no del derecho mismo, toda vez que éste es imprescriptible.*

*Bajo este panorama, se analiza el fenómeno de la prescripción desde la óptica del artículo 43 del 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” que a la letra indica:*

*“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.*

*“(....)”*

Así las cosas, el estudio de la prescripción como fenómeno extintivo del derecho frente a las mesadas pensionales causadas, se debe hacer con base en el artículo

43 del Decreto 4433 de 2004, por ser el vigente al momento del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Tenemos entonces que, para el caso de la señora YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, en calidad de esposa, la pensión de sobrevivientes le fue reconocida por Resolución No. 4364 del 2 de septiembre de 2014 con efectos fiscales a partir del 5 de junio de 2011, y se presentó súplica administrativa el 15 de noviembre de 2016, interrumpiendo así el término de prescripción y la demanda fue presentada el 13 de marzo de 2017, por lo que, en el caso de esta demandante no operó la prescripción.

Respecto de la menor CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO, la pensión de sobrevivientes le fue reconocida mediante Resolución No. 4142 del 16 de diciembre de 2011, a partir del 5 de junio de 2011, y se presentó súplica administrativa el 15 de noviembre de 2016, interrumpiendo así el término de prescripción y la demanda fue presentada el 13 de marzo de 2017, por lo que, para el caso de este demandante, el derecho reconocido se reconocerá con efectos fiscales a partir del **15 de noviembre de 2013**.

Por último, frente a la menor KAILY MARIANA CAMELO HORTA, la pensión de sobrevivientes le fue reconocida mediante resolución No. 4142 del 16 de diciembre de 2011, a partir del 5 de junio de 2011, y se presentó súplica administrativa el 25 de febrero de 2016, interrumpiendo así el término de prescripción y la demanda fue presentada el 13 de marzo de 2017, por lo que, para el caso de esta demandante, el derecho reconocido se reconocerá con efectos fiscales a partir del **25 de febrero de 2013**.

## 6. INDEXACIÓN.

Bajo este contexto, la actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el cual el valor presente (R), se obtiene multiplicando el valor histórico, el cual corresponde a la diferencia entre el valor de las mesadas reajustadas, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se realice la indexación), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de la asignación básica del accionante).

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula deberá aplicarse separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas.

## 7. CONDENA EN 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.

En concordancia, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso. Como en este caso se accederá a las pretensiones, pero de forma parcial, porque la negativa de la entidad a reconocer y pagar el subsidio

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes : Yeni Alexandra Nieto Castro y otros.  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional  
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00065-00

familiar se encuentra ajustada a derecho, se abstendrá el Juzgado de imponer condena en costas a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de los oficios No. OFI16-91655 MDNSGDAGPSAP del 17 de noviembre de 2016 y OFI16-13217 MDNSGAGPSAP de 29 de febrero de 2016, emanados de la Nación - Ministerio de Defensa, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Defensa, que reliquide la pensión de sobrevivientes de Cristian David Camelo Nieto – 25%, Kaily Mariana Camelo – 25% y Yeni Alexandra Nieto Castro – 50%, conforme lo señalado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), siempre y cuando dicho reajuste no hubiere sido reconocido unilateralmente por la entidad demandada.

**TERCERO: ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Defensa, que proceda a:

- Ascender póstumamente al señor JESUS EDUARDO CAMELO (q.e.p.d.), conforme lo indica el artículo 8º del Decreto No. 2728 de 1968.
- Reliquidar la pensión de sobrevivientes de Cristian David Camelo Nieto – 25%, Kaily Mariana Camelo – 25% y Yeni Alexandra Nieto Castro – 50%, teniendo como referencia lo contemplado en el artículo 19.1 del Decreto No. 4433 de 2004.

**CUARTO: CONDENAR** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar al extremo demandante y en el porcentaje que le corresponda a cada uno de ellos, el valor de las diferencias que resulten, conforme lo indicado en los ordinales anteriores y con los siguientes efectos fiscales: YENI ALEXANDRA NIETO CASTRO, a partir del **5 de junio de 2011**; CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO, a partir del **15 de noviembre de 2013**; KAILY MARIANA CAMELO HORTA, a partir del **25 de febrero de 2013**.

**QUINTO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, así: para CRISTIAN DAVID CAMELO NIETO, las causadas con anterioridad al **15 de noviembre de 2013** y para KAILY MARIANA CAMELO HORTA, las causadas con anterioridad al **25 de febrero de 2013**.

**SEXTO: ORDENAR** a la entidad accionada que efectúe 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 sobre las diferencias que deberá pagar a los demandantes.

**SÉPTIMO:** La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en parte motiva de esta providencia.

**OCTAVO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO: Sin costas**

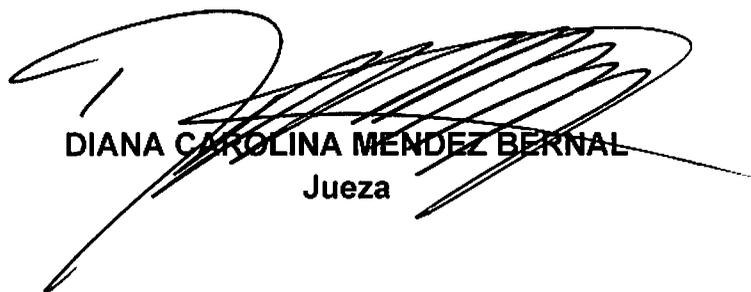
**DÉCIMO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**DÉCIMO PRIMERO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**DÉCIMO SEGUNDO: EXHORTAR** a la entidad demandada para tenga especial cuidado en no incurrir en un doble pago por el reajuste aquí ordenado y se le advierte que el derecho se reconoce hasta que se extinga la pensión de sobrevivientes para cada uno de los demandantes y el respectivo acrecimiento, conforme a las causales de ley.

**DÉCIMO TERCERO:** De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL**  
Jueza