



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	73001-33-33-006-2022-00215-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LULU OVIEDO PERALTA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA-RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CON INCLUSIÓN DE PRIMA DE NAVIDAD, EXCEDENTE PRIMA DE SERVICIOS y, PRIMA DE ANTIGÜEDAD

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 A y 187 del C.P.A.C.A. adicionado por la Ley 2080 de 2021, se procede a dictar sentencia anticipada en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **LULU OVIEDO PERALTA** quien actúa en nombre propio y en representación de los menores **YORMAN STIVEN y TALIANA REYES OVIEDO** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo RS2022040603385 del 06 de abril de 2022, por medio del cual el grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional dio respuesta a la solicitud de reliquidación y pago de la pensión de sobrevivientes de la cual son beneficiarios los demandantes.

1.2 Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada a reliquidar la pensión de sobrevivientes de la señora Lulu Oviedo Peralta y de los menores Yorman Stiven Reyes Oviedo y Tatiana Reyes Oviedo, incluyendo como partida computable:

- *Una doceava parte de la prima de navidad,*
- *El excedente de la prima de servicios equivalente del 6.7% que le han dejado de cancelar en la mesada pensional y,*
- *El 43.2% de la prima de antigüedad*

1.3 Que se condene a la accionada a reconocer y pagar el valor de la diferencia a partir del 28 de mayo de 2016

1.4 Que la entidad demandada reconozca y pague el ajuste de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

1.5 Que se ordene efectuar una interpretación correcta y ajustada a derecho del artículo 13.2.1 del decreto 4433 de 2004

1.6 Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.7 Que se condene en costa a la accionada.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el 24 de septiembre de 2007, el señor Héctor Adrián Reyes Viuchi (q.e.p.d) se vinculó al Ejército Nacional, en calidad de soldado profesional.

2.2 Que la última unidad donde prestó sus servicios el señor Reyes Viuchi fue el batallón de combate terrestre No. 28 “Vladimir Valek M”, con sede de operaciones en Chaparral - Tolima.

2.3 Que el extinto soldado Reyes Viuchi prestó sus servicios hasta el 28 de mayo de 2016, cuando falleció en un accidente de tránsito, razón por la que a través de Resolución No. 3905 del 29 de septiembre de 2016, se le reconoció el derecho a recibir pensión de sobreviviente a la señora Lulu Oviedo Peralta en calidad de compañera permanente en proporción del 50% y, a sus dos menores hijos en proporción del 25% cada uno, con efectos fiscales a partir del 28 de mayo de 2016, como partidas computables se tuvieron en cuenta sueldo básico y prima de antigüedad.

2.4 Que la demandante radicó ante la accionada reclamación administrativa tendiente a obtener la reliquidación de la pensión con la inclusión de: 1/12 parte de la prima de navidad; 2. Excedente de la prima de servicios equivalente del 6.7%, que le han dejado de cancelar en la mesada pensional, 3. Se le reconozca y pague el 43.2% de la prima de antigüedad; y, 4. Se le de una interpretación correcta y ajustada a derecho del artículo 13.2.1 del decreto 4433 de 2004

2.5 Con oficio No. RS20220406033385 del 06 de abril de 2022, la entidad accionada negó la petición elevada por la demandante.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamento factico y jurídico, como quiera que la pensión de sobreviviente reconocida a los demandantes, se hizo bajo la normativa correspondiente es decir conforme lo señala el Decreto 4433 de 2004.

Propuso como excepción de mérito, la que denominó: *“Inexistencia del derecho solicitado por el demandante -legalidad del acto administrativo que se demanda”*.

¹ Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 17, Pág.2-7

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Demandante²

En sus alegaciones finales, la apoderada de la parte actora, reiteró los argumentos esbozados en la demanda, solicitando en consecuencia se acceda a las pretensiones.

4.2 Demandada³

En la oportunidad procesal, la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos planteados en la contestación de la demanda, e insistiendo que la prestación les fue reconocida los demandantes con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004, esto es, el equivalente al 40% de las partidas sueldo básico y prima de antigüedad.

Explicó que teniendo en cuenta el tiempo de servicio activo del causante-10 años, la prestación les fue liquidada teniendo en cuenta la asignación básica y el 43.2% de la prima de antigüedad devengada en servicio activo; sin incluir la doceava de la doceava de la prima de navidad ni la prima de servicios en razón a que dichas partidas no se encuentran consagradas en el artículo 13 del decreto 4433 de 2004.

Finalmente, señaló que no probaron los hechos de la demanda, ni las circunstancias de ilegalidad o nulidad del acto administrativo demandado, razón por la cual deben negarse las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar ¿Si, debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia si resulta procedente ordenar a la entidad demandada reajustar la mesada pensional de sobreviviente de la cual es titular la parte actora, con la inclusión de los valores correspondientes a una 1/12 parte de la prima de navidad, del excedente de la prima de servicios equivalente al 6.7% y con el 43.2% de la prima de antigüedad, conforme lo dispuesto en el artículo 13.2.1. del decreto 4433 de 2004 o si por el contrario la liquidación de dicha prestación por parte de la demandada se encuentra ajustada a derecho?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque la accionada al liquidar la prestación, no le tuvo en cuenta la prima de navidad por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política y 148 del CPACA, debe inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser

² Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 27

³ Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 26

inconstitucional y acceder a su reconocimiento; también tiene derecho a que se reliquide la pensión incluyendo el excedente de la prima de servicios en proporción del 6.7%, y además liquidarse la prima de antigüedad en un 43.2%.

6.2 Tesis parte accionada

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la pensión de sobrevivientes les fue reconocida de acuerdo con la normatividad vigente, esto es, teniendo en cuenta como partidas computables, salario básico y prima de antigüedad, en este último caso se le tuvo en cuenta el 43.2%, por cuanto el causante tenía diez años de servicio; en igual sentido, argumentó que no puede tenerse en cuenta como partida computable la prima de navidad, pues la misma no se encuentra contemplada en la normatividad para el personal de soldados profesionales.

6.3 Tesis del despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda como quiera que no es procedente reliquidar la pensión de sobrevivientes de que son titulares los demandantes con inclusión de la prima de navidad y de servicios como quiera que el Decreto 4433 de 2004, no contempla dichas partidas como computables para esa prestación periódica; tampoco se ordenará reliquidar en atención a la la prima de antigüedad, como quiera que la demandada si bien al liquidar la prestación no aplicó correctamente el porcentaje contemplado en dicha norma, el monto que se genera resulta ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente del año 2016, suma por la que fue reconocido el derecho acá estudiado.

7. MARCO JURÍDICO

7.1 De la pensión de sobrevivientes en el régimen pensional de los soldados profesionales

El artículo 48 de la Constitución Política enseña que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

En consonancia con lo anterior, el artículo 1º de la Ley 100 de 1993⁴, dispone que el Sistema de Seguridad Social Integral tiene como objeto garantizar los derechos irrenunciables de las personas y la comunidad para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

En ese sentido, con el fin de solucionar la contingencia por muerte del afiliado, dispuso que los miembros del grupo familiar del pensionado o del afiliado tendrían derecho a obtener la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, según sea el caso, siempre y cuando cumplan con los requisitos.

⁴ *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*

Vale señalar que por disposición del artículo 279 de la Ley 100, las Fuerzas Militares están exceptuadas de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, de tal modo, que con fundamento en lo señalado en los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la Constitución Política, el legislador expidió el régimen especial de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁵²⁶.

Ahora bien, en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes habrá que indicar que, en las Fuerzas Militares existe un régimen para los soldados profesionales, uno para oficiales y suboficiales y, uno adicional para quienes prestan el servicio obligatorio, ello, en razón a las distintas particularidades de cada una de las vinculaciones⁶.

En lo que atañe a la pensión por muerte o sobrevivientes, el decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definió para el reconocimiento de este tipo de prestación que:

***“ARTÍCULO 21.** Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida 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 y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.*

Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables”.

A su turno, sobre las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, el artículo 13 dispone:

***“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.” (Negrilla fuera de texto)

En orden a las normas ya antes referidas, y como quiera que la prima de antigüedad de las pensiones de sobrevivencia debe liquidarse conforme lo dispone el artículo 18 ibidem, este artículo señala:

***“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:*

⁵ Sentencia C-432 de 2004

⁶ C.E.

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

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”.

En esta secuencia, el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000, contempló la prima de navidad así:

“ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

PARAGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

Así mismo, dicho factor se incluyó dentro de las partidas que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

No obstante, ella no fue tomada en cuenta para establecer los factores para liquidar la pensión de sobreviviente de los beneficiarios de los soldados profesionales, como se refirió con anterioridad.

En cuanto a la prima de servicios, el artículo 3º del Decreto 1794 de 2000, previó:

“Artículo 3. *Prima de servicio anual.* El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio. de cada año.

Parágrafo 1. *Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*

Parágrafo 2. *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*

De la norma citada en precedencia, se colige que la prima de servicios se percibe en servicio activo y, no está contemplada como partida computable para liquidar la asignación de retiro o la pensión.

7.2. Sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019.

El Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, unificó las reglas sobre el régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales en lo concerniente a partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados, reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, cómputo de la prima de antigüedad, porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales e inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Respecto de los temas objeto de estudio, precisó:

7.2.1. Reajuste de asignación de retiro con inclusión de la prima de navidad y de servicios.

Para dilucidar sobre la procedencia o improcedencia de la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, deviene relevante que la Corporación al hacer estudio sobre la vulneración del precitado principio de igualdad, señaló:

“144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

(...)

147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

148. En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

149. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- i) *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*
- ii) *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes. ” (Negrita del Despacho)*

Nótese entonces que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa puntualizó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, se encuentran enunciadas de manera taxativa, cerrándole el paso al juzgador para poder realizar interpretación diferente.

7.2.2 Prima de antigüedad.

Sobre la forma correcta de liquidar la prima de antigüedad en la asignación de retiro de los soldados profesionales, asimilable entonces para la pensión de sobreviviente de los beneficiarios de dicho personal, señaló:

“232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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:

*(Salario+ prima de antigüedad) * 70%=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 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 derecho⁷.

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.

⁷ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

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

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro. ” (Negrita del Despacho)

8. DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para entrar a analizar el presente asunto y con el fin de determinar si en el caso concreto debe darse aplicación al precedente establecido por el Consejo de Estado, se observa que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

*“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”.*

En relación con el artículo anterior, la sentencia C-634 de 2011, al hacer el análisis de constitucionalidad de la misma, declaró su exequibilidad ***“en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”***.

Al respecto, la mencionada Corporación ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de `ley` ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción⁸.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe⁹. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica¹⁰, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el

⁸ En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los

ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad¹¹ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales¹². En palabras de la Corte Constitucional:

‘La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’¹³.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: ‘tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**’ y ‘exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**’¹⁴

Además, y en cuanto a la aplicación obligatoria de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado señaló:

“263. La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica contenidos en los artículos

ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

¹¹ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 *idem*, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

¹² Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

¹³ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁴ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: *stare decisis* (casos previos que vinculan como precedente), *ratio decidendi* (la razón de ser de la decisión), *obiter dicta* (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

13 y 83 de la Carta Política.¹⁵ Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

264. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente –horizontal-, como al fijado por sus superiores funcionales –vertical-
. ¹⁶

En virtud de lo señalado por la ley y lo expuesto por la Corte Constitucional y nuestro máximo órgano de cierre sobre la aplicación obligatoria del precedente, el despacho para resolver el caso concreto, dará alcance a la sentencia del 25 de abril de 2019.

9. CASO CONCRETO

9.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. El señor SLP Héctor Adrián Reyes Viuche (q.e.p.d) prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 24 de septiembre de 2007 y, hasta 28 de mayo de 2016, cuando se produjo su fallecimiento	Documental. Contenido de la resolución 3905 del 29 de septiembre de 2016 (Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág. 18-22 y 48-52)
2. Que con ocasión de su fallecimiento se reconoció y ordenó el pago de pensión por muerte o sobreviviente a favor de: -Reyes Oviedo Yorman Stiven en calidad de hijo del causante, el 25%, por un valor de \$172.363.75 -Reyes Oviedo Taliana, hijo del causante, el 25%, por un valor de \$172.363.75 -Oviedo Peralta Lulú, compañera permanente del causante, el 50%, por valor de \$344.727.50 Es decir por la suma de \$689.454 (Salario mínimo para el año 2016)	Documental. Resolución 3905 del 29 de septiembre de 2016. (Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág. 18-22 y 48-52)
3. Que para la pensión de sobrevivientes se tuvieron en cuenta como partidas computables el suelo básico y la prima de antigüedad.	Documental: Resolución 3905 del 29 de septiembre de 2016.

¹⁵ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

¹⁶ SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[...] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. [...]»

	(Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág. 18-22 y 48-52)
4. Que el señor Reyes Viuche según la nómina mensual de junio de 2016, devengó los siguientes haberes: <i>sueldo básico, subfamiliar, Bonordpupf y prsolvol</i>	Documental: Certificaciones expedidas por el Comando de Personal de la Dirección del Ejército Nacional. (Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág.60)
5. Que la demandante solicitó ante el Ejército Nacional, el reajuste de la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta 1/12 de la prima de navidad, el excedente de la prima de servicio equivalente al 6.7% y, la debida liquidación de la prima de antigüedad con una interpretación correcta del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004.	Documental. Derecho de petición (Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág.60)
6. El Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa negó la solicitud de reliquidación de la pensión de sobrevivientes solicitada por la parte actora.	Documental. Oficio RS20220406033385 del 6 de abril de 2022. (Expediente Electrónico, aplicativo Web SAMAI AZURE, índice 2, Pág.15-17)

Estudiadas las premisas normativas de la pensión de sobreviviente de los soldados profesionales, y revisada la sentencia de unificación proferida al respecto por el Consejo de Estado, se procede a realizar el análisis tendiente a determinar si en el presente asunto hay lugar a ordenar el reajuste solicitado.

9.2 Del análisis del caso

De acuerdo con el material probatorio allegado a la presente actuación, se observa que el señor **Héctor Adrián Reyes Viuche (q.e.p.d)**, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así:

Grado	Fecha de Inicio	Fecha de finalización
Soldado profesional	24 de septiembre de 2007	28 de mayo de 2016

-El 28 de mayo de 2016, el señor Reyes Viuche falleció y, su muerte según informativo por muerte No. 0001 de 30 de mayo de 2016, adelantado por el comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 28 TE VLAMIR VALEK M, fue calificada “*muerte en simple actividad*”

Que el Ministerio de Defensa Nacional a través de Resolución No 3905 del 29 de septiembre de 2016, reconoció pensión mensual de sobrevivientes a favor de los hijos del causante Yorman Stiven y Taliana Reyes Oviedo y, de su compañera permanente Lulú Oviedo Peralta; de acuerdo con el citado acto administrativo, la prestación fue liquidada con el cuarenta (40%) de las siguientes partidas:

Sueldo básico	\$965.237
---------------	-----------

Prima Antigüedad Soldado Profesional	\$189.727
TOTAL	\$1.154.964.00

Del contenido del acto administrativo de reconocimiento, se extracta que, por diez (10) años de servicio activo del extinto SP Héctor Adrián Reyes Viuche, le correspondió una prima de antigüedad del 43.2% sobre la prima de antigüedad; igualmente, que al aplicar el porcentaje del cuarenta por ciento (40%), sobre la base de liquidación, arrojaba un valor inferior al salario mínimo mensual vigente, razón por la cual, la entidad accionada reconoció la pensión de sobrevivientes en suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Que mediante petición radicada ante el Ejército Nacional, la señora Lulú Oviedo Peralta actuando en nombre y en representación de sus hijos, indicó que no se le había reconocido en debida forma la pensión a ella y sus hijos, por lo que solicitó el reajuste así: *“1.) De la ½ parte de la prima de navidad ..., 2) Valores del excedente de la prima de servicio en un equivalente de 6.7% que me están cancelando en la mesada de la pensión de sobrevivientes que devengo, esta solicitud la fundamento en que excompañero tenía mas de 10 años de servicio, a esa institución castrense”*, partidas que no fueron reconocidas en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué.

En respuesta a la anterior solicitud, mediante Oficio No. RS20220406033385 de 6 de abril de 2022, el Ministerio de Defensa informó que no es posible acceder a lo solicitado por cuanto la pensión le fue reconocida en un porcentaje del 40% de las partidas computables y de acuerdo con los porcentajes establecidos; además, que no era posible incrementar en un 20%, el salario del extinto Héctor Adrián Reyes Viuche, porque nunca ostento la calidad de soldado voluntario.

9.2.1 De la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad y la prima de servicios.

De acuerdo con la Resolución No. 3905 del 29 de septiembre de 2016, a los actores con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004, se les reconoció pensión de sobreviviente equivalente al 40% de las partidas computables, esto es, sueldo básico y prima de antigüedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el Despacho que atendiendo el rango que el causante ostentaba para el momento de su fallecimiento, la entidad accionada al momento del reconocimiento de la pensión tuvo en cuenta los factores que se encuentran enlistados en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, premisa frente a la cual, asume relevante que a la fecha no ha sido expedida legislación que contemple factor adicional para tener en cuenta dentro de la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, por lo que, aplicando la sentencia de unificación mencionada, la decisión adoptada por la entidad demandada deviene razonable y ajustada a la legalidad por lo que debe negarse lo pretendido en relación con la inclusión de las primas de navidad y de servicios como partidas computables de la pensión de sobreviviente de los accionantes.

9.2.2 Del reconocimiento y pago del 43.2% de la prima de antigüedad

Descendiendo al estudio para la procedencia de la reliquidación del factor de prima de antigüedad, se encuentra acreditado que con Resolución N° 3905 del 29 de septiembre de 2016, les fue reconocida pensión de sobrevivientes, donde se les incluyeron como partidas computables el salario mensual adicionado con una prima de antigüedad del cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%), sobre la prima de antigüedad devengada en servicio activo, liquidadas de la siguiente forma según lo explicado en el acto administrativo que milita en el expediente:

Sueldo	(SMLV)	\$965.237
Prima de antigüedad	(SB *45.5%*43.2%)	\$189.727
Total		\$1.154.964

Téngase en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 21 del Decreto 4433 de 2004, cuando el soldado profesional fallece sin tener derecho a la asignación de retiro, como sucede en el presente caso, la pensión será equivalente al 40% por ciento de las partidas computables.

Atendiendo la normativa referenciada y la forma de liquidar la prima de antigüedad expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación transcrita, en la pensión objeto de estudio debía hacerse así:

Sueldo	(SMLV*40%)	\$386.094
Prima de antigüedad	(SB*43.2%)	\$166.795
Total		\$552.889

Así, al aplicar dicho porcentaje sobre la base de liquidación, se tiene que arroja como resultado una mesada pensional a favor de los demandantes en cuantía de \$552.889, monto inferior al salario mínimo; sin embargo, y si se revisa el acto administrativo que reconoció el derecho a los hoy actores, se tiene que se hizo teniendo el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016 (\$686.454) razones por las cuales, al ser mayor el monto reconocido que el liquidado, no prospera la pretensión de reliquidación con fundamento en la prima de antigüedad.

10. RECAPITULACIÓN

Teniendo en cuenta la regla de unificación fijada por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019, en punto a las partidas a incluir en la asignación de retiro de los soldados profesionales, no es procedente reliquidar la pensión de sobrevivientes de que son titulares los demandantes con inclusión de la prima de navidad y de servicios.

De igual forma, tampoco hay lugar a reajustar la pensión por suma diferente en atención a la prima de antigüedad, como quiera que si bien la demandada al liquidar la prestación no aplicó correctamente el porcentaje por esta partida, lo cierto es que no se desmejoró el valor de la mesada pensional de los accionantes, ello, por cuanto el monto, resulta ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, suma esta última sobre la cual fue reconocida la prestación periódica.

11. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De otro lado en relación con las agencias en derecho, en el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

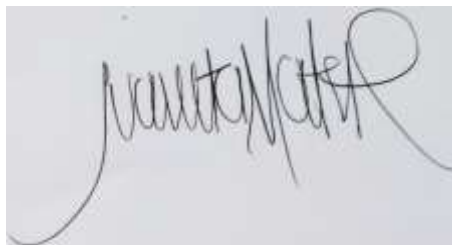
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la parte actora, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente al 4% de lo pedido.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la 2080 de 2021.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez