

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 11001-33-35-009-2019-00326-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandantes: ÁNGELA MARITZA DORADO ORDÓÑEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por **Ángela Maritza Dorado Ordóñez**, en su nombre y en representación de su hija menor **Jennifer Andrea Acuña Dorado** y por **Karol Acuña Dorado**, en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el líbello inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005 y la nulidad del Oficio No. 20193170390111 del 1º de marzo de 2019.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita: **i)** la inaplicación de las normas que se consideren violatorias de derechos fundamentales; **ii)** se reajuste la pensión de sobrevivientes de la cual son beneficiarias con la inclusión del **20%** de la asignación básica; la prima de antigüedad computada en un 38.5%; el cómputo del subsidio familiar como factor salarial; y la duodécima parte de la prima de navidad; **iii)** la indexación de la condena; **iv)** el reajuste de la prestación a futuro; **v)** el pago de intereses moratorios; **v)** el cumplimiento de la



sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 del CPACA.; y **vi)** la condena en costas y agencias en derecho.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Narró que, el soldado voluntario Nelson Acuña González (fallecido) ingresó al Ejército Nacional bajo la Ley 131 de 1985 y devengaba una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementada en un 60%.

Dijo que, el soldado voluntario fue dado de baja por defunción el 4 de septiembre de 2004, por lo que la entidad reconoció pensión de sobrevivientes en favor de las demandantes, a través de la Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005; sin embargo, al momento de liquidar la prestación: **i)** computó la asignación básica en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un **40%** y no en un **60%**; **ii)** tomó la prima de antigüedad en un 38.5% de la asignación básica y dicho porcentaje le aplicó la tasa de reemplazo, es decir, que dicha prima sufrió doble afectación; y **iii)** no tuvo en cuenta el subsidio familiar y la prima de navidad, como partidas computables.

1.1.3. Fundamentos de derecho.

Argumentó que, el causante se vinculó con el Ejército Nacional como soldado voluntario, por lo que se encuentra excluido de la asignación básica prevista para los soldados profesionales que se vincularon con posterioridad a la expedición del Decreto 1794 de 2000 y explicó que, lo devengado por el occiso como soldado voluntario realmente constituye salario, de acuerdo con la definición que del mismo trae el CST y, por tanto, goza de protección constitucional, por lo que, no puede ser desmejorado.

Adujo que, la prima de antigüedad como partida computable se vio doblemente afectada, porque la entidad la computó en el 38.5%, la sumó a la asignación básica y luego aplicó el porcentaje correspondiente a la pensión de sobreviviente y lo correcto era, tomar el 100% de la asignación básica, aplicar el porcentaje correspondiente a la pensión de sobreviviente y a ese resultado adicionarle el 38.5% de la referida prima.

Invocó respeto por mandatos constitucionales como el derecho a trabajo, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos y la garantía de los derechos adquiridos y,



finalmente, alegó que, los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad por desviación de poder.

1.1.4. Escrito de contestación

La apoderada de la entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones; y formuló la excepción de **caducidad de la acción**, en consideración a que el acto administrativo demandado fue notificado el 8 de marzo de 2019, por lo que, la parte actora tenía hasta el 9 de julio de 2019 para demandar, pero lo hizo el 12 de agosto del mismo año, es decir, un mes y tres días después del plazo previsto por la norma.

Como argumentos de fondo, expuso que, la Fuerza Pública goza de un régimen especial por mandato constitucional para miembros activos y retirados; y, particularmente, en relación con los soldados, explicó que, la categoría de voluntarios fue creada por la Ley 131 de 1985 y modificada como profesional a través de los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Indicó que, los soldados voluntarios devengaban **una bonificación mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, mientras que, para los soldados profesionales **un salario mensual** equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y el reconocimiento de la totalidad de prestaciones sociales; entonces, con el tránsito normativo los soldados voluntarios desaparecieron y se convirtieron en profesionales con garantía de prestaciones unitarias y periódicas, por lo que, si bien, la asignación básica era inferior, se compensaba con la totalidad de un régimen salarial y prestacional que materializaría el principio de igualdad.

Argumentó que, el causante pasó de ser soldado voluntario a soldado profesional en el año 2003 y desde ese momento hasta su retiro por fallecimiento, esto es, el 4 de septiembre de 2004, no manifestó inconformidad respecto de la asignación básica que devengaba; además, las beneficiarias decidieron demandar 15 años después de estar devengando la prestación y sin haber interpuesto los recursos de reposición y apelación en contra del acto administrativo que les reconoció la pensión de sobrevivientes; por lo que, solicitó que se tenga en cuenta la prescripción cuatrienal.



Adujo que, la norma que creó los soldados profesionales no fue clara en señalar que los soldados voluntarios vinculados a 31 de diciembre de 2000 y que pasaban a ser profesionales, quedarían excluidos de su aplicación, razón por la cual, en principio, se debería acudir al principio de favorabilidad; sin embargo aplicarlo a raja tabla vulneraría los principios de igualdad y de “a trabajo igual salario igual” frente a los soldados profesionales.

Consideró que, de conformidad con la interpretación dada por la Corte Constitucional frente al derecho a la igualdad, no existen razones suficientes para dar un trato diferenciado en la categoría de soldados voluntarios, profesionales y de servicio militar obligatorio y permitir que algunos devenguen más que otros y, efectuó una comparación entre lo devengado por un soldado profesional y lo devengado por un soldado voluntario para resaltar que, a simple vista, lo que el legislador quiso fue mejorar en condiciones de igualdad los regímenes, por lo que, los soldados pasaron de devengar una **bonificación** a devengar un **salario** con derecho a primas y prestaciones sociales.

Precisó que, la prima de antigüedad reclamada, está siendo pagada a todo el personal y que, la prima de navidad se reconoce en los términos del Decreto 1794 de 2000 de acuerdo a su causación.

Finalmente, pidió que se tenga en cuenta que, el causante pasó de ser soldado voluntario a profesional sin manifestar oposición alguna respecto de su régimen y, por consiguiente, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 12 de agosto de 2019; mediante auto del 9 de septiembre de la misma anualidad se admitió en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; con auto del 20 de septiembre de 2021, se resolvió lo pertinente respecto de las excepciones propuestas; y, mediante proveído del 17 de mayo de 2022, se agotó la etapa probatoria, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para su concepto.



1.2.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, las partes rindieron escritos de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

En esta oportunidad, el apoderado de la parte actora reiteró los hechos y pretensiones de la demanda y precisó que, a su juicio, la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado bajo el No. SUJ-015-CE-S2-2019 concluyó que el subsidio familiar es partida computable para los soldados profesionales para las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez.

Frente a la prima de antigüedad, insistió en que la partida fue objeto de un doble descuento al momento de ser computada y que la misma sentencia de unificación del Consejo de Estado concluyó que, la forma en la que CREMIL liquida las asignaciones de retiro afecta doblemente la referida prima, por lo que, estableció la regla en la que esta debe ser incluida.

Para terminar, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.2.1.2. Alegatos de conclusión de la demandada

La apoderada de la entidad demandada alegó que, respecto de los reajustes relacionados con la asignación básica devengada en actividad por el causante, operó el fenómeno jurídico de la prescripción e insistió que, las reclamaciones en este sentido se presentaron 15 años después de su causación.

Argumentó que los actos administrativos acusados gozan de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada, por lo que, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda y, finalmente, solicitó que no se le condene en costas.

1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.



II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 17 de mayo de 2022, el problema jurídico se contrae a determinar si las demandantes, en calidad de beneficiarias del señor soldado profesional (f) Nelson Acuña González, tienen derecho al reajuste de la pensión de sobrevivientes con el incremento del 20% en la asignación básica, la prima de antigüedad computada en un 38.5% y la inclusión del subsidio familiar y una doceava parte de la prima de navidad, desde la fecha de reconocimiento pensional.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005, por medio de la cual se reconoció en favor de las demandantes la pensión de sobrevivientes liquidada con el 50% de las partidas computables, contra la cual solo procedió recurso de reposición, así (págs. 19 a 21 – archivo 1 – expediente electrónico):

SUELDO BASICO	\$501,200.00
PRIMA ANTIGUEDAD	\$134,245.00
T O T A L	=====
	\$635.445.00

2.2.2. Petición dirigida al Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual las demandantes solicitaron el reajuste de la pensión de sobrevivientes con la asignación básica correspondiente a un salario mínimo incrementado en un 60%, la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad como partidas computables, la cual fue radicada el 6 de febrero de 2019 (págs. 7 y 8 – archivo 7 - expediente electrónico).

2.2.3. Oficio No. 20193170390111 del 1 de marzo de 2019, suscrito por el oficial de la sección de nómina del Ejército Nacional, por medio del cual negó a las demandantes el reajuste salarial del 20% del señor soldado profesional (f)



Nelson Acuña González, por encontrarse prescrito (pág. 17 – archivo 1 – expediente electrónico).

2.2.4. Oficio No. OFI19-12555 del 20 de febrero de 2019, a través del cual se remite al director de personal del Ejército Nacional la petición de reajuste pensional radicada por la ahora demandante, por considerar que es la dependencia competente para resolver de fondo (págs. 5 y 6 – archivo 7 – expediente electrónico).

2.2.5. Hoja de servicios del causante en donde se lee que se vinculó como soldado regular el 30 de septiembre de 1991, como soldado voluntario a partir del 30 de abril de 1993 y, como soldado profesional a partir del 01 de noviembre de 2003; además, constan como partidas computables para la asignación de retiro el sueldo básico y la prima de antigüedad (págs. 29 y 30 – archivo 1 – expediente electrónico).

2.2.6. Certificación expedida por la entidad demandada en la que hace constar que a las demandantes les pagó 14 mesadas al año, incluida la prima de navidad y que, la joven Karol Julieth Acuña Dorado, fue suspendida en la nómina de febrero de 2020, toda vez que cumplió la mayoría de edad y no aportó certificado de estudios (archivo 11 – expediente electrónico).

2.3. Cuestión previa

En ejercicio del control de legalidad que debe ejercer el juez en cada etapa del proceso, de conformidad con el artículo 207 del CPACA, procede el Despacho a efectuar algunas precisiones, previo a resolver el fondo del asunto planteado.

Está acreditado en el plenario que, la parte demandante, con petición radicada el 6 de febrero de 2019, solicitó el **reajuste de la pensión de sobrevivientes** con el incremento del 20% de la asignación básica como partida computable y la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad también como partidas computables.

Sin embargo y, pese que a la petición fue clara en el sentido de señalar que, lo reclamado era el reajuste de la pensión de sobrevivientes, la entidad mediante oficio No. 20193170390111 del 1º de marzo de 2019 resolvió de manera desfavorable el citado 20%, pero, como si la parte peticionaria lo reclamara sobre la asignación básica



en actividad y no como partida computable en la asignación de retiro y guardó silencio frente a las demás pretensiones.

Pese a lo anterior, el Despacho admitió la demanda al considerar que, el extremo activo cumplió con la carga procesal de acudir en Sede Administrativa a pedir ante la entidad antes de demandar y, entendió que el oficio demandado negó todo lo reclamado, por lo que, en esta etapa del proceso y sin que exista oposición alguna por parte de la entidad demandada, nuevamente se precisa que, se resolverán la totalidad de las pretensiones teniendo como acto acusado el citado oficio del 1º de marzo de 2019.

Ahora bien, no desconoce este Despacho que, en la petición radicada por la parte actora en sede administrativa no se incluyó la pretensión relacionada con el cómputo de la prima de antigüedad en un 38.5%, sin descuentos adicionales; sin embargo, como en la demanda también se acusa la resolución de reconocimiento pensional en la cual se lee el monto en el que fue computada dicha partida, con este acto se puede resolver de fondo sobre dicha pretensión, como en efecto se procederá.

Finalmente, vale la pena precisar que, pese a que la entidad demandada en su escrito de contestación alega que, en contra de la resolución de reconocimiento pensional las beneficiarias no interpusieron el recurso de apelación que, por ley, es obligatorio, lo cierto es que al leer la parte resolutive de dicho acto administrativo, se evidencia que contra el mismo solo procedía el recurso de reposición, el cual es facultativo, por lo que no resulta de recibo este argumento.

2.4. De las excepciones mixtas

Como se mencionó en auto del 20 de septiembre de 2021, es la sentencia que pone fin a la controversia la oportunidad para pronunciarse respecto de las excepciones mixtas, por lo que se procede de conformidad:

- Caducidad

La entidad demandada formuló la excepción de caducidad bajo el entendido que, comoquiera que el acto administrativo demandado fue notificado el 8 de marzo de 2019, la parte actora tenía hasta el 9 de julio de 2019 para demandar, pero lo hizo solo



hasta el 12 de agosto del mismo año, es decir, un mes y tres días después del plazo previsto por la norma.

Al respecto, debe decirse que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, de conformidad con el literal c, del numeral 1º, del artículo 164 del CPACA, las demandas que se dirijan contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas pueden ser presentadas en cualquier tiempo, como sucede en el caso de autos, en el cual lo pretendido es la nulidad de actos administrativos que negaron el reajuste de la pensión de sobrevivientes, la cual, evidentemente es una prestación periódica.

2.5. De la asignación básica como partida computable en la asignación de retiro

Con el Decreto Ley 1793 de 2000 <<por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares>>, se crea la categoría de soldados profesionales, y con la expedición del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 se define su régimen salarial y prestacional, las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían, tanto de los que ingresan por primera vez, como los que venían con la calidad de voluntarios.

Respecto a la incorporación de los soldados profesionales, esta fue regulada en los artículos 3º a 5º del citado Decreto 1793, con vinculación a las Fuerzas Militares que puede realizarse de una de dos maneras; la primera de ellas, corresponde a los soldados profesionales que **ingresaron por primera vez a partir del 1º de enero de 2001**, y la segunda, se refiere a **quienes antes del 31 de diciembre de 2000, se vincularon como soldados voluntarios** en el marco de la Ley 131 de 1985, y posteriormente, fueron incorporados como profesionales.

A partir de lo dispuesto en el Decreto Ley 1793 de 2000¹, se crea el rango de soldado profesional, con dos categorías en razón a la forma como se produce su vinculación y con diferencia en la asignación salarial, esto es, por la antigüedad de unos y la novedad de otros, aspecto regulado con el Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

De las disposiciones enunciadas, se tiene que, el primer grupo de soldados profesionales, es decir, los vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen

¹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.



derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40%, mientras que los del segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Sin embargo, a partir de la creación de la categoría de soldados profesionales, en sede administrativa a todos los soldados sin importar la forma y la fecha de vinculación la entidad les venía pagando un salario mínimo incrementado en el 40%; por lo que múltiples fueron las demandas que se presentaron para obtener el reajuste de la asignación básica en actividad y como partida computable en las asignaciones de retiro y pensiones, con la diferencia del 20% para quienes siendo soldados voluntarios pasaron a ser soldados profesionales.

Ante la falta de uniformidad en los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos, incluso del mismo órgano de cierre de la jurisdicción, sobre el reconocimiento de la diferencia sobre la base salarial que se debe aplicar a los soldados profesionales, el H. Consejo de Estado dirimió el debate con sentencia de unificación, el 25 de agosto de 2016², fijando las siguientes reglas:

<<Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente>>.

² Consejo de Estado Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente CE-SUJ2 850013333002201300060 01.



Más adelante, el mismo H. Consejo de Estado³ retomó el estudio del régimen salarial y prestacional de los soldados y, en la materia, estableció las siguientes reglas de unificación:

<<A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

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 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%>>.

Bajo esta égida es evidente que, los soldados voluntarios que se encontraban vinculados a 31 de diciembre de 2000 y pasaron a ser soldados profesionales, tienen derecho a que en su asignación de retiro o pensión se compute la asignación básica mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, pero también surge para ellos la obligación de efectuar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en aras de acatar el precepto legal y dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, consagrado en la Carta Superior.

2.6. Del cómputo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consagra en favor de los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo, con veinte (20) años de servicio, el derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, del mismo Decreto 4433 y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por

³ Sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda el 25 de abril de 2019, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 85001333300220130023701.



ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, sin que la prestación pueda ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Además, en el artículo 22 *ejusdem* se prevé que, los beneficiarios de los soldados profesionales tienen derecho a pensión de sobrevivientes, en las condiciones allí previstas.

Frente al porcentaje sobre la prima de antigüedad que deben aportar los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 18 del mismo estatuto, establece que debe ser gradual, de acuerdo al tiempo de servicios del militar, fijando para quienes cumplen once años de servicio, y en adelante, la obligación de aportar el 38.5% del **valor percibido en actividad**, por concepto de prima de antigüedad, porcentaje en el que posteriormente, a su retiro del servicio, se computará el factor para efectos de liquidar la asignación de retiro o pensión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴ y el Consejo de Estado⁵, en sus providencias han indicado que en garantía de los derechos fundamentales de los pensionados y en aplicación del principio de favorabilidad, la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que se ajusta a la Carta Superior, es aquella según la cual **la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe liquidar con la asignación básica en el 70%, adicionada con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que esta partida sufra una doble afectación.**

Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica parte del 70% del salario y hacerlo de otra forma es una interpretación contraevidente que implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé.

Sin embargo, este también fue un aspecto que originó gran controversia tanto en sede administrativa, como en sede judicial, por lo que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, citada líneas atrás, estableció el siguiente criterio:

<<Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será

⁴ Sentencia del 19 de agosto de 2016, con ponencia del magistrado Samuel José Ramírez Poveda, proceso 11001333501920130022001.

⁵ Sentencia del 10 de mayo de 2018, C.P. William Hernández Gómez, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 19001233300020140012801.



solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada 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; de la siguiente manera:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro>>.

Entonces, para el Despacho es claro que, el porcentaje de prima de antigüedad que debe computarse en la asignación de retiro o pensión debe adicionarse a la cuantía de asignación básica previamente establecida; ahora, no se desconoce que en materia de pensión de sobrevivientes esta se reconoce en el 50% de las partidas computables⁶ y no en el 70%, sin embargo, esto no es óbice para que pueda darse aplicación a la interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia.

2.7. Del cómputo de la prima de navidad

El mismo Decreto 1794 de 2000, consagró que los soldados profesionales en servicio activo tendrían derecho a percibir anualmente una prima de navidad correspondiente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad y pagadera en el mes de diciembre de cada año.

Sin embargo, pese a que la mentada prima fue reconocida legalmente en favor de los soldados profesionales, el Decreto 4433 de 2004 no la tuvo en cuenta como partida computable de su asignación de retiro, como sí sucedió con los oficiales y suboficiales, tal como se lee del artículo 13 *ejusdem*⁷.

Bajo este panorama, es evidente que fue el mismo legislador quien estableció un trato diferenciador entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales en materia de asignación de retiro; así mismo, el referido Decreto 4433 de 2004, a partir de su artículo 17, señaló que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares debían efectuar aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre: i) un 35% del

⁶ Así lo dispone el artículo 19, numeral 17.2.1 del Decreto 4433 de 2004 y así fue reconocida a las demandantes, mediante la Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005.

⁷ <<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:
(...)

13.1.8 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>>.



primer sueldo básico; ii) las partidas computables del Artículo 13 *ibídem*; y iii) el monto del aumento de sus haberes; mientras que para los soldados profesionales previó que los aportes se efectuarían sobre: i) el 35% del primer salario mensual; ii) el monto del aumento de sus haberes; y iii) el salario mensual más la prima de antigüedad.

Este aspecto también fue objeto de pronunciamiento por el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, ya citada y allí concluyó que:

<<308. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:

1. 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 fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

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

1.1. 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.

1.2. 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>>.

En conclusión, no debe incluirse como partida computable en las asignaciones de retiro y pensiones de los soldados profesionales la duodécima parte de la prima de navidad.

No sobra aclarar que, los argumentos de defensa de la entidad demandada en este punto, estuvieron encaminados a demostrar que las demandantes han devengado 14 mesadas pensionales y que una de ellas corresponde a la prima de navidad, lo cual no resulta de recibo, toda vez que la controversia no gira en torno a ello, sino al cómputo de la prima de navidad que devengaba el causante en servicio activo, como partica computable para definir la cuantía de la mesada pensional.

2.8. Del cómputo del subsidio familiar

El **subsidio familiar** entendido como una prestación que se creó con la finalidad de aliviar las cargas de sostenimiento de la familia, fue incorporado en el ordenamiento jurídico con la Ley 21 de 1982, norma que precisó que el Ministerio de Defensa



Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, continuarían reconociéndolo. Por lo anterior, el decreto 1211 de 1990 reguló este derecho para los oficiales y suboficiales; para los soldados que se incorporaran como profesionales, se concibió con la expedición del decreto 1794 de 2000, para ser devengado durante el servicio, equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad.

Su análisis fue objeto de estudio por el H. Consejo de Estado que, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019⁸, señaló las pautas o lineamientos a seguir para el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares.

Al respecto, la referida Corporación explicó que, en desarrollo de las leyes 4.º de 1992 y 923 de 2004, se expidió el Decreto 1161 de 2014⁹ y se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales a partir del 1.º de julio de 2014. El artículo 5.º de la misma norma incluye al subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, en porcentaje del 70% de dicho concepto.

Puso de presente que, con el decreto 1162 de 2014 se consagró que, para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, que al momento del retiro devenguen el subsidio familiar, sería tenido como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez el 30% de dicho valor.

Así las cosas, las dos normas antes citadas modificaron la base de liquidación dispuesta en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, pues incluyó el subsidio familiar a partir de su entrada en vigencia. Por lo anterior, las partidas computables de la asignación de retiro, son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1.º del decreto 1794 de 2000.
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.05%, según lo previsto por el artículo 13 del decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes lo devengan en virtud de los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibían tal partida.

⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). 25 de abril de 2019.

⁹ Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones.



Entonces, la Sala de Unificación concluyó que, aquellos profesionales, soldados o infantes de marina, según sea el caso, que causen su derecho 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% para quienes al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida>>, mientras que <<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>>.

2.9. Análisis de los medios de prueba y caso concreto

Del acervo probatorio se establece sin dubitación alguna que el causante al 31 de diciembre de 2000, se encontraba vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario conforme a lo normado en la Ley 131 de 1985; y a partir del 1.º de noviembre de 2003, fue incorporado como soldado profesional; es decir, que hizo parte de la segunda categoría de soldados profesionales, en aplicación del inciso 2.º del artículo 1.º del decreto reglamentario 1794 de 2000, por lo que sus beneficiarias tienen derecho a que se les compute en su pensión de sobrevivientes una asignación básica correspondiente a un salario mínimo legal vigente, **incrementado en un 60% y no en un 40%**.

Ahora bien, en lo que a la **prima de antigüedad** se refiere, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia expuestas en precedencia, para establecer el monto de la pensión de sobrevivientes con la inclusión del 38.5% de la prima de antigüedad, la entidad debió acudir a la siguiente operación:

Asignación básica (1 smlmv + 60%) * 50%	\$286.400
+ P. de antigüedad (1 smlmv + 60%) * 38.5%	\$220.528
Total, mesada pensional	\$506.928

Sin embargo, del contenido integral de la Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005, se extrae que la entidad no lo hizo así, por lo que, la mesada pensional arrojó



incluso un valor inferior a un salario mínimo legal mensual vigente¹⁰, no solo porque la asignación básica fue incrementada en un 40% y no en un 60%, sino porque, además, el monto de la prima de antigüedad no lo determinó sobre la totalidad de la asignación básica.

Como consecuencia de lo anterior resulta procedente declarar la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la entidad demandada a que reajuste la pensión de sobrevivientes de las demandantes, para lo cual deberá aplicar:

- El 50% del sueldo básico el cual corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%;
- Al resultado anterior adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, que se debe establecer sobre el total del sueldo básico, es decir, sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, antes de aplicar el 50%.

No se accederá a las pretensiones de incluir la doceava parte de la prima de navidad y el subsidio familiar, toda vez que, como quedó analizado en el acápite correspondiente, dichos emolumentos no fueron consagrados por el legislador ni para efectuar aportes a seguridad social, ni como partidas computables en las asignaciones de retiro y pensiones de los soldados profesionales.

Las diferencias que resulten a favor de las accionantes deberán ser indexadas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta la fecha a partir de la cual se originó la obligación y el día de ejecutoria de esta sentencia, conforme variación del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

¹⁰ Fue en la misma resolución de reconocimiento pensional en la que se arribó a esta conclusión:

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

Por lo que, en su parte resolutive precisó que la prestación sería reconocida en cuantía de <<TRESIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE. (\$358.000.00), correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente para el año 2004>>. Para el Despacho es claro que esta suma corresponde al 50% de las partidas computables que la entidad había calculado indebidamente en la parte considerativa del acto administrativo.



Así mismo, sobre la diferencia del 20% que se origina al computar el salario básico como un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y no en un 40%, deberá efectuarse los descuentos correspondientes con destino a CREMIL.

2.10. De la prescripción

La prescripción cuatrienal operó en el presente asunto, **por norma laboral¹¹**, toda vez que, el reajuste ordenado opera a partir del 4 de septiembre de 2004; sin embargo, este fenómeno jurídico se configuró de dos maneras diferentes:

1. Respecto del reajuste de la **asignación básica como partida computable**, comoquiera que las demandantes solicitaron el mismo con petición radicada el **6 de febrero de 2019**, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **6 de febrero de 2015**.
2. En lo que atañe al reajuste de la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que en la petición radicada el 6 de febrero de 2019 no se incluyó dicha pretensión, no hubo suspensión del término de prescripción, sino hasta la fecha de presentación de la demanda, esto es, el **12 de agosto de 2019**, por lo que se encuentran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al **12 de agosto de 2015**.

2.11. De la condena en costas

Finalmente, el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, y a su vez, el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la entidad demandada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹¹ Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.



FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 1277 del 11 de mayo de 2005 y la nulidad del Oficio No. 20193170390111 del 1 de marzo de 2019, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, reliquidar la **pensión de sobrevivientes** de la cual son beneficiarias la señora Ángela Maritza Dorado Ordóñez, identificada con cédula de ciudadanía No. 18.595.535 y sus hijas Jennifer Andrea Acuña Dorado y Karol Acuña Dorado, cada una en la proporción en que le fue reconocida la prestación y por el tiempo en que ha sido titular de la misma, para lo cual deberá tener en cuenta:

1. Que la asignación básica como partida computable corresponde a un salario mínimo legal mensual incrementada en un 60% a la cual le deberá aplicar el 50%. De la suma retroactiva que aquí resulte deberá descontarse todo monto que la entidad demandada haya reconocido y pagado previamente por dicho concepto.
2. Al resultado anterior le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, que se debe establecer sobre el total del sueldo básico, es decir, sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, antes de aplicar el 50%.

La entidad demandada deberá efectuar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro sobre la diferencia salarial del 20% que aquí se reconoce, en aras de acatar el precepto legal y dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, consagrado en la Carta Superior y conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL **pagará** a las demandantes las diferencias que se originaron del reajuste en la asignación básica, a partir del **6 de febrero de 2015** y del reajuste de la prima de antigüedad, a partir del **12 de agosto de 2015**, por prescripción cuatrienal.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO CONDENAR EN COSTAS de esta instancia, conforme a las consideraciones expuestas.



SEXTO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

duverneyvale@hotmail.com

notificaicones.bogota@mindefensa.gov.co

jenny.pachon@ejercito.mil.co

japs2411@hotmail.com

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

OCTAVO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GIOVANNI ANDRÉS CEPEDA SANABRIA

Juez

AM

Firmado Por:

Giovanni Andres Cepeda Sanabria

Juez

Juzgado Administrativo

009

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **7866fc2669e7cc1820175ef686824e33d431f7bdee9d4e74f31fa05bfb37a8c8**

Documento generado en 22/09/2022 08:55:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>