

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2018-00021-01
Demandante	RAFAEL SEGUNDO MENDOZA PÉREZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
TEMA	Reajuste de la pensión de invalidez teniendo en cuenta una asignación básica incrementada en un 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000/ correcta aplicación del porcentaje de la prima de antigüedad.
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA¹

3.1.1. PRETENSIONES²

Se transcriben literalmente:

¹ Fl. 1-23.

² Fl. 1-2.

“1) se ordene la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1. El oficio No. OFI17-6871 del 2 de febrero de 2017, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la reliquidación de la pensión de mi representado, sin realizar la correcta liquidación de la prima de antigüedad. Así mismo decidió remitir por competencia a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, la petición relacionada a la reliquidación de la pensión de invalidez de mi poderdante tomando como base de liquidación de la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado a un 60% del mismo salario)

1.2 El oficio No. 20173170266751 del 20 de febrero de 2017, mediante el cual la Dirección Personal del Ejército Nacional negó el incremento de la pensión de invalidez teniendo en cuenta la asignación básica más el 60%.

De esta forma y a título de Restablecimiento del Derecho, se condene a:

2.1. Ordenar al **Ministerio de Defensa Nacional**, que, en virtud a la nueva hoja de servicios del actor, se reliquide la pensión de invalidez, tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario)

2.2. Igualmente, como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene al Ministerio de Defensa Nacional a liquidar la pensión de invalidez de mi poderdante estableciendo que al monto resultante de aplicar el porcentaje de pensión de invalidez a la asignación básica se le adicione el porcentaje de la **prima de antigüedad** a que tiene derecho

3) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro del año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 de CPACA.

4) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y los términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA.

5) Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

3.1.2. HECHOS³

Señaló el señor Rafael Segundo Mendoza Pérez que prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y una vez terminó el periodo reglamentario fue incorporado como soldado voluntario.

Que desde el 1º de noviembre de 2003, por disposición del Comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

Manifestó que, debido a una herida sufrida en combate directo, padece una disminución de su capacidad laboral, motivo por el cual, el Ministerio de Defensa a través de la Resolución No. 00059 del 22 de enero de 2008, le reconoció una pensión de invalidez.

El 20 de enero de 2017, solicitó que, como base para liquidar su pensión de invalidez, se tomara la establecida en el segundo inciso del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y, además, pidió la liquidación correcta de la prima de antigüedad en la pensión de invalidez.

En respuesta a la solicitud presentada, manifestó que el Ministerio de Defensa Nacional expidió el oficio No. OFI17-6871 del 2 de febrero de 2017, en el que negó la reliquidación de la prima de antigüedad y le comunicó que su solicitud había sido trasladada a la Dirección Personal del Ejército Nacional para que ellos resolvieran lo relacionado con la procedencia del reajuste de la pensión de invalidez.

El Ejército Nacional, a través de oficio No. 20173170266751 del 20 de febrero de 2017, negó la solicitud del reajuste a la pensión de invalidez.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58

Las Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004.

Los Decreto, 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

³ Fl. 2-3.

Precisa que mediante el Decreto 1793 de 2000, se creó la modalidad de soldados profesionales, y a su vez, otorgó la posibilidad de que quienes ostentaban en ese momento la calidad de soldados voluntarios dentro de las Fuerzas Militares, pudieran ingresar a la nueva figura. Que, el Decreto 1793 de 2000, fue reglamentado por el Decreto 1794 de 2000, el cual en su artículo primero disponía que, quienes el 31 de diciembre de 2000 tenían la calidad de soldados voluntarios y se acogieron al estatus de soldado profesional, recibirían la asignación básica que venían percibiendo, pero incrementada en un 60%.

Que, en su caso, los actos acusados violan de manera directa las normas citadas, toda vez que el Ministerio de Defensa Nacional le cancelaba erróneamente un salario mínimo legal aumentado en un 40% y dicha asignación fue la base para liquidar la pensión de invalidez que la entidad le reconoció, por lo que debe reajustarse a lo señalado en el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir en un 20%.

En cuanto a la prima de antigüedad, señala que la entidad la liquida de forma errónea, pues al liquidar la pensión de invalidez, debe aplicar el porcentaje de disminución de capacidad laboral al salario básico y el porcentaje reconocido de prima de antigüedad (establecida en el artículo 18 del Decreto 4433 del 2004) se obtendrá del sueldo básico, estos dos resultados son la pensión a pagar, en cambio el Ministerio de Defensa Nacional liquida la prima de antigüedad de la siguiente forma: al salario básico le aplica el porcentaje reconocido de la prima de antigüedad previsto en el artículo 2 del Decreto 1794 de 2004, a este resultado le aplican el porcentaje del artículo 18 del Decreto 4433, el resultado de esa operación es lo que reconoce como prima de antigüedad.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL⁴

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que actuó conforme a la normatividad aplicable al caso concreto y, además, los actos administrativos demandados se encuentran debidamente sustentados.

⁴ Fl. 54-58.

Como excepciones previas, propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ejército Nacional, inepta demanda por ausencia de agotamiento administrativo y la prescripción de los derechos por inactividad injustificada del demandado. La falta de legitimación en la causa por pasiva, la sustentó en que el actor prestó sus servicios en las filas de la Armada Nacional y no del Ejército Nacional, razón por la cual, es la Armada la llamada a responder.

En cuanto al no agotamiento del requisito de procedibilidad, dijo que como la defensa de la demanda incurrió en un error, convocó al Ejército Nacional a conciliación y no a la Armada. Concluyó en que el actor en el año 2003 y siguientes no manifestó su inconformidad respecto a las diferencias que hoy reclama y por lo tanto existe una prescripción de derechos laborales.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁵

Mediante sentencia proferida el 8 de marzo de 2019, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la nulidad de los oficios OFI17-6871-MDNSGDAGPSAP del 2 de febrero de 2017 y No. 20173170266751 del 20 de febrero de 2017.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional: *"3.1 Reliquidar la pensión de invalidez del señor Rafael Segundo Mendoza Pérez (...), causada desde el 15 de agosto de 2007; 3.2 Pagar las diferencias generadas entre la mesada reliquidada y la pagada desde el 15 de junio de 2007, pero con efectos fiscales por la prescripción cuatrienal desde el 20 de enero de 2013; 3.3 Reconocer que la mesada pensional del señor Rafael Segundo Mendoza Pérez (...), a partir del 15 de agosto d 2007, debió ascender a la suma de **\$580.513**, como fuere explicado en la parte considerativa"*

Determinó el Juez que, el actor antes del 1 de enero de 2001 estaba vinculado como Infante de Marina Voluntario, siendo regido por la Ley 131 de 1985; a partir del 14 de agosto de 2003 fue incorporado como Soldado Profesional, razón por la cual, la reliquidación de su sueldo básico mensual debió hacerse desde el 1 de octubre de 2003, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual vigente incrementado en el 60% y no solo en el 40%, como lo hizo la entidad demandada.

⁵ Fl. 93-103.

En cuanto a la prima de antigüedad y la forma en cómo se adicionó para obtener el valor de la mesada pensional, sostuvo que, el porcentaje de esta debe corresponder al 86.3% y, como el actor tiene una pérdida de la capacidad del 74.29%, el valor aplicable es el 50%, es decir, que, para el 15 de agosto de 2007, fecha en que se causó la pensión de invalidez, la mesada del demandante debió ascender a la suma de \$580.513 y no a \$433.700, como se liquidó en la Resolución No. 00059 del 22 de enero de 2008.

Por otro lado, declaró la prescripción de forma cuatrienal, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, ello, debido a que, la pensión de invalidez del demandante se causó desde el 15 de agosto de 2007, y la petición de reliquidación la hizo el 20 de enero de 2017, por lo que las mesadas causadas desde el 15 de agosto de 2007 hasta el 19 de enero de 2013 estarías prescritas.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

Señaló la demandada que la Juez no tuvo en cuenta que el acto administrativo que resolvió la situación jurídica del actor fue la Resolución No. 00059 de 2008 y no los oficios demandados, que al momento de dar aplicación a la prescripción solo lo hizo respecto a las mesadas y no al derecho a la reliquidación, del mismo modo, señaló que la reliquidación pensional efectuada rebosa lo dispuesto en las normas legales para la liquidación de las pensiones de invalidez de los soldados profesionales y, además, condenó en costas a la entidad sin tener en cuenta que las pretensiones del accionante no prosperaron en su totalidad.

Lo anterior bajo el argumento que, la Juez debió declarar de oficio la excepción de inepta demanda e inhibirse de fallar de fondo, toda vez que, mediante la Resolución No. 0059 del 22 de enero de 2008, le fue reconocida al actor pensión de invalidez, la cual fue fundamentada en las partidas computables establecidas en el Decreto 4433 de 2004, norma aplicable y de la cual se separó la Juez de primera instancia; acto administrativo contra el cual, el demandante no interpuso los recursos procedentes.

⁶ Fl. 105-114.

Ese ese orden, sostuvo que el actor nunca solicitó a la entidad el reajuste salarial del 20%, sino que, vía judicial, pide el reajuste de la mesada pensional fundamentada en el incremento del 20% de su asignación básica y el porcentaje de la prima de antigüedad.

En cuanto a la prima de antigüedad, dijo que, para el caso del actor, es de 86.3%, que erró la A quo en establecer que la suma que ello arroja debe tenerse en cuenta en su totalidad y no como manda la norma y como la entidad lo liquidó, es decir, el 50% de la sumatoria de las partidas no puede sumarse al salario básico y luego aplicar el 50% como mesada pensional computable. Lo anterior, para precisar que la prima de antigüedad no es una partida computable y por tanto debe sumarse su porcentaje posteriormente a la resulta de aplicar el porcentaje de la pensión, esto es el 50%.

Lo anterior lo resume en las siguientes formulas: i) la aplicada por el Ministerio de Defensa: partidas computables = salario básico (smlmv + 40% smlmv) + 86.3 de la prima de antigüedad (es decir el 86,3 del 39% devengado en actividad por este concepto); ii) formula aplicada por la Juez: pensión= 50% del salario básico + el 86.3 de la prima de antigüedad (es decir el 86,3 del 39% devengado en actividad por este concepto).

Por otro lado, dijo que, como quiera que la pensión se causó el 22 de enero de 2008, y teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación data del 20 de enero de 2017, el derecho a la reliquidación de los factores salariales y/o partidas salariales prescribieron el 23 de enero de 2012.

Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, por considerar que todas las pretensiones de la demanda no prosperaron, no existió temeridad y el proceso se terminó en poco tiempo.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 25 de noviembre de 2019 (fl. 126), se admitió el recurso de apelación interpuesto. En ese mismo auto, previa ejecutoria de la admisión del recurso de apelación, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión a las partes, lo mismo que al Agente del Ministerio Público para que, si a bien lo estimara, rindiera el respectivo concepto.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público también guardó silencio.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia, se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. CUESTIÓN PREVIA

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal orden también podrá modificarse, en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público, en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a la naturaleza laboral y de seguridad social debatida en el proceso. Además, que existe pronunciamientos jurisprudenciales sobre la

materia, que permiten definir, de manera anticipada, el derecho pensional reclamado por el accionante.

3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: *¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que ordenó reliquidar de la pensión de invalidez del actor conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000?*

Específico: *¿En el proceso se probó que al actor le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, tomando como sueldo básico un salario mínimo incrementado en un 60%?*

¿Cómo se debe computar la prima de antigüedad en la liquidación de la pensión de invalidez?

¿Operó el fenómeno de prescripción de los reajustes de las mesadas pensionales y prestacionales, en el caso concreto?

¿Resulta procedente la condena en costas que le fue impuesta por la A quo a la entidad demandada?

4. TESIS

Se mantendrá la decisión adoptada por la A quo de declarar la nulidad de las Resoluciones contenidas en los oficios No. OF17-6871 MDNSGDAGPSAP del 02 de febrero de 2017 y No. 20173170266751 del 20 de febrero de 2017, toda vez que, al actor le asiste derecho a obtener la reliquidación de su pensión de invalidez, por haber sido soldado profesional según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a la prescripción, se confirmará lo adoptado por la juez, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, procede la prescripción cuatrienal en los términos señalados en la sentencia proferida, considerando además que el derecho prestacional no prescribe, y sólo lo hacen las mesadas no reclamadas dentro de la oportunidad legal.

Finalmente, respecto a la condena en costas de primera instancia, no se accederá a lo pretendido por la accionada, teniendo en cuenta que fue quien resultó vencida,

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sobre el reajuste de la asignación básica de los soldados voluntarios que por decisión del Gobierno Nacional pasaron a ser profesionales y su asignación de retiro, el Consejo de Estado, ha proferido las siguientes sentencias de Unificación: **25 de agosto de 2016⁷, su aclaratoria de fecha 6 de octubre del mismo año** y la sentencia **CE-SUJ2-015-19 de fecha 25 de abril de 2019⁸**, en las que se fijaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

5.1.Sentencia de unificación CE-SUJ2-003-16 de 25 de agosto de 2019⁹.

Se definió la controversia suscitada frente a un soldado voluntario que pasó a ser profesional y demandó a la Nación -Ejército Nacional -Armada Nacional, con el fin de solicitar la nulidad de los actos que le negaron solicitud orientada a obtener el reajuste del 20% de su salario, así como de las siguientes prestaciones sociales: subsidio familiar, cesantías, y primas de antigüedad, de servicio, de vacaciones y de navidad; desde la fecha de su incorporación como soldado hasta su retiro; y, con criterio unificador y con carácter vinculante se fijaron las siguientes reglas jurisprudenciales sobre el tema:

“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

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

⁸ Radicado interno: 1701-16.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

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 atenderse 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, 109, respectivamente”¹⁰

¹⁰ De conformidad con las reglas segunda y tercera de la sentencia de Unificación, “**al ordenar el reajuste salarial del 20% a favor de los soldados profesionales que venían como voluntarios, se generan efectos prestaciones**”.

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

“ARTÍCULO 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

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

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 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 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 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

5.2. Sentencia de aclaración y adición del 06/10/2016, a la sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, sobre los siguientes puntos:

PRIMERO: "...El reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del Decreto-Ley 1793 de 2000, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los

ARTÍCULO 4. Prima de vacaciones. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1° de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto. Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.

ARTÍCULO 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 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.

PARÁGRAFO. 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 parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

...

ARTÍCULO 9. Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.

...

ARTÍCULO 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

uniformados que reúnan tales condiciones devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.» ~o~

“SEGUNDO. 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; término que deberá contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia...”

5.3. Sentencia de Unificación CE-SUJ2-015-19 de fecha 25 de abril de 2019¹¹.

El Consejo de Estado, definió la controversia que promovió un soldado voluntario que pasó a ser profesional y demandó a CREMIL, con el fin de solicitar la nulidad de los actos que le negaron el reajuste de la asignación de retiro y a título de restablecimiento del derecho, que se condenara a dicha entidad al reconocimiento y pago del reajuste de su asignación de retiro de la siguiente manera: - Con el salario mínimo legal aumentado en un 60%, como lo dispuso el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2004 . - Con aplicación de la fórmula de liquidación del 70% del salario mensual más la prima de antigüedad equivalente al 38.5% del salario mensual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. - Que se incluyera el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, para lo cual solicitó la inaplicación del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto excluyó, para dicho fin, esta prestación. c. Que se dispusiera el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina. d. Que se ordenara el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados, así como el pago de los intereses de mora. e. Que se condenara en costas a la entidad demandada.

En esta sentencia de Unificación, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción encontró que, en la decisión de Unificación de 25/08/2016, se fijó

¹¹ Sentencia de Unificación CE-SUJ2 850013333002201300060 01 de octubre 6 de 2016, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

en la segunda regla la asignación básica salarial de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, y en la tercera y cuarta se hizo referencia al reajuste prestacional, sin que se abordara el estudio sobre el porcentaje de incremento que debe tenerse en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales, dado que no era tema de estudio en esa oportunidad.

Por lo anterior, se fijaron 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. 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 mensual¹² 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.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado 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.

3. 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,

¹⁴ Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

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

toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4. 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 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%.

5. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

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

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y

suboficiales de las Fuerzas Militares.

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

Si bien, con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara. No hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador.

5.4. CASO CONCRETO

5.4.1. Hechos probados

5.4.1.1. Mediante Orden Administrativa de Personal de fecha 14 de agosto de 2003, el Comandante de la Armada Nacional, ordenó incorporar a los Infantes de Marina Voluntarios vinculados a través de la Ley 131 de 1985, como Infantes de Marina Profesional en las condiciones establecidas en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, dentro de los que se encontraba el señor Rafael Segundo Mendoza Pérez (fl.37 reverso-38)

5.4.1.2. Obra a folios 35 y 36 del expediente la Resolución No. 00059 del 22 de enero de 2008, por la cual se reconoció y ordenó el pago a favor del actor, por haber prestados sus servicios como Infante de Marina Profesional de la Armada Nacional y tener una disminución de la capacidad laboral del 74.29%, de una pensión mensual de invalidez en cuantía equivalente al 50% de su asignación básica, liquidada de la siguiente manera: salario mensual \$607.180.00, más prima de antigüedad \$204.359.00, para un total de \$811.539.00.

5.4.1.3. En oficio No. 20160423310584291, la Dirección de Personal de las Fuerzas Militares, informó que el señor Rafael Segundo Mendoza, registra

como última unidad de prestación de servicios, el Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 30, ubicado en Yatí, Bolívar (fl. 37).

5.4.1.4. A folios 60-69 del expediente obran certificaciones de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, en los que se precisa la asignación básica que percibió el actor desde febrero de 2003 hasta noviembre de ese mismo año, así mismo, a folio 70 del expediente se encuentra certificado el tiempo en que el actor presto sus servicios:

Novedad	Fechas	Total AA/MM/DD
Soldado Voluntario BFEIM	Del 29/12/2000 hasta el 13/08/2003	2/07/14
Infante de Marina Profesional EFIM	Del 14/08/2003 hasta el 15/08/2007	04/00/01
Tres meses de alta BAFLIM30	Del 15/08/2007 hasta el 14/11/2007	00/03/00
Total tiempos en la Armada Nacional		06/10/15

5.4.1.5. El día 20 de enero de 2017, el señor Rafael Segundo Mendoza Pérez solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional el reajuste de la pensión de invalidez en un 20% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad (fl. 25-28).

5.4.1.6. A través de oficio No. OFI17-6871 MDNSGDAGPSAP del 02 de febrero de 2017, el Ministerio de Defensa negó la correcta liquidación de la prima de antigüedad en la pensión de invalidez y trasladó la solicitud del reajuste del 20% a su pensión de invalidez, al Director Personal de Ejército Nacional. Los argumentando que expuso para negar la liquidación correcta de la prima de antigüedad, se basaron en que, a la pensión de invalidez liquidada, se le incluyó su prima de antigüedad, la cual equivale a un 86.3% sobre el valor de la misma devengada en actividad del 39%, de la siguiente manera (fl. 30-31):

Salario mensual SLP.	% de prima de antigüedad devengado en actividad.	% de prima de antigüedad liquidado según Decretos 1794/2000 -433/2004	Total a pagar "salario mensual + % liquidado"
SMLV+40%	39%	86.3%	
607.180.00	236.800	204.359	811.539
Liquidación pensión 50%)			Valor Pensión Final 405.769

5.4.1.7. El Comando de Personal del Ejército Nacional, el 20 de febrero de 2017 expidió el oficio No. 20173170266751, en el que negó el reajuste del 20% de la asignación básica del actor, debido a que, la Sección de Nomina de Ejército Nacional, presupuesta las partidas incluidas en el Sistema de informática del Ministerio de Defensa, el cual no contempla el reconocimiento del salario bajo los parámetros que solicitó (fl. 32).

5.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De una valoración integral de los hechos probados conforme a las reglas de la sana crítica, de cara al marco jurídico y jurisprudencial señalado en esta providencia, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, teniendo en cuenta que los motivos de inconformidad de la parte demandada con la sentencia de primera instancia, se concretan en: i) la Resolución No. 00059 fue la encargada de resolver la situación jurídica del demandante y no los oficios demandados, ii) la reliquidación pensional efectuada rebosa lo dispuesto en las normas que regulan la pensión de invalidez de los soldados profesionales, iii) la Juez declaró la prescripción respecto a las mesadas y no al derecho de reliquidación en su mismo, iv) el cálculo de la prima de antigüedad no se realizó de forma correcta y v) condenó en costas a la entidad sin tener en cuenta que las pretensiones del accionante no prosperaron en su totalidad y hubo poco desgaste procesal.

Ahora bien, en el caso *sub-judice*, se tiene que el demandante ingresó a la Armada Nacional como Infante de Marina Voluntario el 29 de diciembre de 2000 y ostentó esa calidad hasta el 13 de agosto de 2003; a través de Orden Administrativa de Personal, el 14 de agosto de 2003 fue incorporado como Infante de Marina Profesional, en dicha calidad prestó servicio del 14 de agosto de 2003 hasta el 15 de agosto de 2007.

A través de la Resolución No. 00059 del 22 de enero de 2008 se le reconoció pensión de invalidez desde el 15 de agosto de 2007, en una cuantía equivalente al 50%, y en la que se tomó como asignación básica 1 smlmv incrementado en un 40%.

El 20 de febrero de 2017, el señor Rafael Mendoza Pérez solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa el reajuste de la pensión de invalidez, tomando como asignación básica un salario mínimo más un 60%, conforme a lo dispuesto en inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, petición que fue resuelta de forma desfavorable por los actos administrativos acusados.

Con base en lo anterior, para la Sala, el demandante, desde que se incorporó como Infante de Marina Profesional, por disposición del Gobierno, mediante Orden Administrativa de fecha 14 de agosto de 2003, debió recibir como asignación básica, un salario mínimo legal incrementado en un 60%, en consideración a la prerrogativa del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y las sentencias de unificación del Consejo de Estado citados en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia.

Así las cosas, la Sala, dando respuesta al primer problema jurídico específico planteado, confirmará la sentencia de primera instancia, debido a que, al actor le asiste el derecho al reajuste de su pensión de invalidez en un 20%, representado por la diferencia entre el monto reconocido y el monto que debía devengar.

Cabe resaltar en este punto, y dando respuesta a una de las inconformidades planteadas por la demandada, que el oficio OFI17-6871-MDNSGDAGPSAP del 2 de febrero de 2017 y el oficio No. 20173170266751 del 20 de febrero de 2017, fueron los que negaron el reajuste de la pensión de invalidez del actor y la correcta liquidación de la prima de antigüedad, por lo tanto, son los actos administrativos objeto del litigio, del mismo modo, se debe precisar que, vía judicial, no se pretende revivir términos, pues de ser procedente, se aplicará el fenómeno extintivo de prescripción como sanción por la inactividad del actor durante el término en que no reclamó el reajuste pensional.

Otra de las inconformidades expuesta por la entidad demandada, radica en que el fallo de primera instancia, se determinó que la prima de

antigüedad no es una partida computable y, por lo tanto, su porcentaje debe sumarse posteriormente al resultado de aplicar el porcentaje de pensión, esto es el 50%, mientras que la forma adecuada de hacerlo, es sumando las partidas computables, esto es, el salario básico (smlmv+40%smlmv) +el 86,3 de la prima de antigüedad (es decir, el 86,3 del 395 devengado en actividad por este concepto), para luego sacar el 50% del porcentaje de la liquidación.

Al respecto, advierte la Sala que, la entidad demandada está liquidando de forma errónea la pensión de invalidez del actor, debido a que la pensión de invalidez del actor, equivalente al 50% de su salario básico incrementado en un 60%, la está liquidando sobre la suma de los factores determinantes de la siguiente manera: primero un salario mensual incrementado al 40% y segundo del valor equivalente a la prima de antigüedad del actor (la cual es del 86.3% sobre el 39% devengado en actividad por este concepto), precisando que el resultado de estos, le aplica el 50%.

En la Sentencia de Unificación CE-SUJ2-015-19 de fecha 25 de abril de 2019, estableció en cuanto a la liquidación de retiro de los soldados profesionales la siguiente formula:

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

En la Sentencia en mención, resaltó la Alta Corporación que: *“debe tenerse en cuenta que será 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”*

Lo anterior, resulta aplicable, por analogía a la determinación de la pensión de invalidez del actor, por lo tanto, es admisible y ajustada a derecho, la liquidación del reajuste pensional hecho por la Juez en tanto descontó del 100% del salario mínimo incrementado al 60%, el 50% del reconocimiento de la pensión, para luego sumarle la prima de antigüedad. Por lo tanto, en cuanto a este punto, también se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4.3 Sobre el problema jurídico relacionado con la prescripción.

Teniendo en cuenta que, en las sentencias de unificación citadas, también se precisó que éstas no tienen carácter constitutivo del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20%, 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.

Aplicando lo anterior, la Juez de primera instancia declaró en el caso concreto, la prescripción cuatrienal de las mesadas causadas desde el 15 de agosto de 2007 hasta el 19 de enero de 2013, sin embargo, la parte demandada presentó su inconformidad respecto a este punto, señalando que como la pensión se causó el 22 de enero de 2008 y la solicitud de reajuste fue presentada el 20 de enero de 2017, la prescripción del derecho a reliquidación de los factores salariales prescribió el 23 de enero de 2012.

Ahora bien, al caso concreto se tiene que, como el actor solicitó el reajuste de su pensión de invalidez en un 20% adicional con fundamento en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 el día 20 de enero de 2017, se tiene que las mesadas causadas (incluyendo las diferencias derivadas del reajuste) con antelación al 20 de enero de 2013 encuentran prescritas; porque no se cuenta desde cuando se expidió la resolución que reconoció la pensión, sino desde el momento en que se hace la solicitud de reajuste de la pensión, tal y como lo hizo la juez de primera instancia.

Por lo anterior, le asiste razón a la Juez de primera instancia en la contabilización de la prescripción cuatrienal y la sentencia de primera instancia, respecto a este punto, también se confirmará.

5.4.3 De la condena en costas en primera instancia

La entidad demandada se opuso a la condena en costas que le impuso el juez de primera instancia, aduciendo que no se tuvo en cuenta que las pretensiones de la demanda no prosperaron en su totalidad y que hubo poco desgaste procesal.

De lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se evidencia que la Juez dispuso condenar en costas a la parte

demandante conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y que por secretaría se efectuara la respectiva liquidación.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*, hoy Código General del Proceso- CGP.

El citado artículo, a diferencia de lo que disponía el Código Contencioso Administrativo en relación con las costas, dispone que en la sentencia siempre se dispondrá sobre este asunto, salvo que se ventilen procesos de interés público, como es el caso del medio de control de nulidad. En ese sentido, se pasó de un régimen eminentemente subjetivo a un objetivo valorativo, en el que no se tiene en cuenta la actuación temeraria o dolosa de la parte vencida, sino que se debe verificar si efectivamente se causaron, de acuerdo con los gastos del proceso y la actuación de la parte vencedora.

Bajo ese escenario, y dado el carácter objetivo, es deber del juez en toda sentencia (salvo excepciones), disponer condena en costas, incluidas las agencias en derecho contra la parte que resultó vencida.

En el caso concreto, la Juez determinó la condena en costas, por haber prosperado la totalidad de las pretensiones de la demanda, siendo vencida la entidad demandada, por estas razones no se accederá a la solicitud planteada por la demandada, por lo que se mantendrá incólume la condena en costas que estableció la A quo.

6. Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En los términos de los citados artículos, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, debido a que el recurso de apelación le resultó desfavorable. Estas serán liquidadas de manera concentrada por la A quo conforme lo indica el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 8 de marzo de 2019 por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada, conforme las razones expuestas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

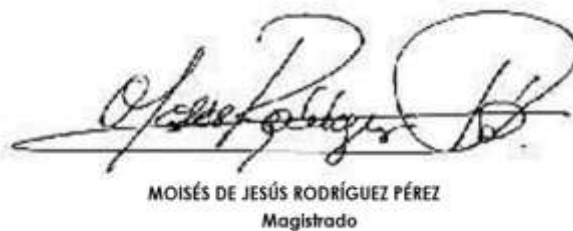
LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado