



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado	08-001-33-33-006- 2019-00124 -00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Lilibeth María Sanjuán Mendoza
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Juez	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

1.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora Lilibeth María Sanjuán Mendoza contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

2.- ANTECEDENTES.

2.1.- Pretensiones.

Se sintetizan de la siguiente manera:

- Que se declare nula parcialmente la Resolución 5201 del 3 de Diciembre de 2015, mediante la cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional le reconoció a la señora Lilibeth Sanjuán Mendoza y a sus hijos una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Edilfonso José Mendoza Peñate.

- Que se declare nulo el acto administrativo que negó la solicitud de reliquidación de la pensión de sobreviviente, No. 0F118-108933 MDNSGDAGPSAP.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reajustar la pensión de sobreviviente de mi mandante en los siguientes términos:

A tomar el 50% del sueldo básico, adicionando el 38.5% como prima de antigüedad respecto del valor total del sueldo básico (\$347.305). El subsidio familiar en la misma cuantía en que la venía recibiendo el finado esto es \$563.806 y la duodécima prima de navidad (\$81.564), teniendo que la prima de navidad es igual al 50% del Sueldo básico (\$451.045) más la prima de antigüedad (527.722).

- Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

- Que condene a la demandada al pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre los valores solicitados como reliquidación de la pensión actual y los valores que le fueron reconocidos como pensión de sobreviviente desde el año 2015, hasta cuando sea reconocido el derecho precitado.

- Condenar a la demandada al pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

- Ordenar a la demandada el cumplimiento de la sentencia que ponga fin a la presente acción en los términos señalados en el CPACA artículos 192 y 195.

2.2.- Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

- El señor Edilfonso José Mendoza Peñate, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía 72.019.307, ingresó a las filas del Ejército Nacional el día 26 de Septiembre de 2001 y se desempeñó como Soldado Profesional durante 15 años, 7 meses y 5 días, hasta su fallecimiento en simple actividad el día 27 de septiembre de 2015.

- Que por el fallecimiento del señor Edilfonso José Mendoza Peñate, mediante Resolución 5201 del 3 de Diciembre de 2015 el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció a la señora Lilibeth Sanjuán Mendoza y a sus hijos una pensión de sobrevivientes.

- Que esta pensión de sobreviviente fue por un salario mínimo legal mensual vigente, es decir \$644.350, tomando como base de liquidación un 40% del Sueldo básico que devengaba el fallecido y de la prima de antigüedad como factores prestacionales únicamente.

- Que en fecha 24 de octubre de 2018 fue enviado a Coordinación de Prestaciones sociales del Ministerio de Defensa derecho de petición solicitando la reliquidación de la pensión de sobreviviente, solicitando que fueran tenidos en cuenta como haberes las partidas de Subsidio Familiar, prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad.

- Que esta petición le fue respondida negando todo lo solicitado a través oficio No. 0FI18-108933 MDNSGDAGPSAP.

- Que la pensión de sobreviviente en simple actividad se realizará de la misma manera que la asignación de retiro en los porcentajes estipulados por las normas vigentes.

2.3.- Concepto de Violación

Arguye la parte actora que, el Ministerio de Defensa a través de su Coordinación Grupo Prestaciones, desconoce los derechos y garantías de la señora Lilibeth Sanjuán Mendoza en calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente del finado Edilfonso Mendoza Peñate, al momento de liquidar la pensión de sobreviviente sin tener presente que el finado al momento de su muerte era titular del derecho a la asignación de retiro, que las partidas computables para pensión de sobreviviente son las mismas que las de asignación de retiro en un 50% por superar los 15 años de servicio, que de acuerdo a Sentencias de las Altas Cortes, se debe tomar como partidas computables para la asignación de retiro el subsidio familiar, por vía de excepción de inconstitucional del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que a su vez se ha reconocido por vía jurisprudencial el reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable, así mismo se ha señalado la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 frente a la manera de liquidar la prima de antigüedad.

Las Resoluciones 5201 del 3 de diciembre de 2005 y la Resolución No. 0FI18-108933 MDNSGDAGPSAP de noviembre de 2018, fueron expedidas infringiendo las normas en que debieron fundarse, desconociendo que el Soldado profesional fallecido se encontraba activo al momento de entrar en vigencia La Ley 923 de 2004, norma que describe los elementos mínimos para la Asignación de retiro, a la que tenía derecho el finado porque al momento de su fallecimiento contaba con 15 años, 7 meses y 15 días.

2.4.- Contestación

2.4.1.- Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional.

La entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal, recorrió el traslado de la demanda, manifestando que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece las partidas computables para liquidar la pensión de sobrevivientes del personal militar y argumenta que de acuerdo a dicha norma el SUBSIDIO FAMILIAR Y LA PRIMA DE NAVIDAD, no hacen parte de las partidas computables para el reconocimiento de pensión de Sobreviviente a los beneficiarios de los Soldados Profesionales.

El subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro o pensión de Invalidez de los Soldados Profesionales, o pensiones de sobreviviente como ocurre en el presente caso.

Según lo dispuesto en el numeral 13.2, a las pensiones otorgadas a los beneficiarios los soldados profesionales fallecidos, solo se les computan para reconocimiento y pago de la pensión sobreviviente el sueldo básico y la prima de antigüedad, ya que según lo expuesto expresamente en dicha normatividad las demás prestaciones no se incluyen.

Respecto a la reliquidación de la prima de antigüedad como partida computable de la pensión de sobrevivientes, advierte la entidad demandada que, en el caso concreto, es evidente que en la liquidación de la pensión de sobreviviente reconocida a la demandante, dicha partida fue liquidada sobre el 38.5% de la prima de antigüedad devengada en servicio activo por el SLP EDILFONSO MENDOZA PEÑATE (qepd) que era del 58.5%, tal como lo dispone el artículo 18 del precitado Decreto 4433 de 2004, de tal manera que no hay lugar a una reliquidación de la pensión de sobreviviente de la señora LILIBETH SANJUAN MENDOZA, toda vez que fue liquidada en los términos establecidos por las normas que rigen la pensión de sobrevivientes de beneficiarios de soldados profesionales.

2.5.- Actuación Procesal

La demanda fue presentada el día 23 de mayo de 2019, siendo admitida en auto de 18 de julio de 2019, mediante el cual se dispuso notificar personalmente a las partes y al Ministerio Público, corriendo traslado en los términos de los artículos 172 y 199 del CPACA y 612 del CGP, actuación surtida en debida forma el día 24 de mayo de 2018.

La parte demandada presentó contestación de demanda el 19 de noviembre de 2019. Una vez vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, se corrió traslado de las excepciones planteadas por la parte demandada a través de fijación en lista adiada 4 de febrero de 2020, entre el 5 y el 7 de febrero de esa anualidad.

Seguidamente, al vencerse el termino de traslado de las excepciones, se dictó auto de 26 de agosto de 2020, fijando el día 23 de septiembre de 2020, como fecha de celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la cual se realizó el control de legalidad en el cual se señaló que a pesar de que en el citado auto se fijó fecha y hora para realización de audiencia inicial dentro del proceso de la referencia, su ejecución resultaba improcedente toda vez que previamente al auto mencionado, se había dictado y notificado providencia que corrió traslado para alegar de conclusión a las partes con fundamento en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. Entonces, al constituir el litigio sub examine un asunto de puro derecho, este Juzgado corrió traslado para alegar a las partes, para dictar después sentencia, por lo cual se dejó sin efectos a la mencionada providencia que citó a audiencia inicial, disponiendo seguir con el trámite para dictar sentencia anticipada.

2.6.- Alegaciones

La parte demandante y demandada alegaron de conclusión, reiterando lo planteado en la demanda y su contestación.

2.7.- Concepto Del Ministerio Público

En esta oportunidad, el ministerio público no rindió concepto

3.- CONTROL DE LEGALIDAD.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

4.- CONSIDERACIONES.

4.1.- Cuestión previa.

La apoderada de la nación – Ministerio de Defensa Nacional propuso como excepción de las enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la inepta demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa respecto de la reliquidación de la pensión por el cálculo de la prima de antigüedad, aduciendo que la demandante en el escrito fechado 26 de septiembre de 2018, radicado ante la entidad el 26 de octubre de 2018, mediante el cual solicita la reliquidación de la pensión de sobreviviente, reconocida a mediante Resolución No. 5201 del 03 de diciembre de 2015, no solicita que en la reliquidación de dicha pensión se tenga en cuenta la prima de antigüedad, pues la demandante, debió solicitarlo expresamente para que la entidad se pronunciara al respecto, siendo indispensable que para demandar la reliquidación de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el factor prestacional de la prima de antigüedad devengada por el causante, la solicitara en vía gubernativa.

Al respecto, conviene traer a colación que, conforme al numeral 2 del artículo 161 del CPACA “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueron obligatorios”, estipulando además que “si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral”.

Asimismo, el inciso final del artículo 76 ibídem preceptúa que, “los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios”.

Siendo ello así y atendiendo las circunstancias particulares del caso en estudio, tenemos que la demanda también se encuentra dirigida contra la Resolución 5201 del 03 de diciembre de 2015, en la cual si bien se hizo el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la actora, también lo es que contiene la voluntad de la administración respecto de liquidar dicha prestación con base en un cálculo de la prima de antigüedad como prima computable con el cual la accionante no está de acuerdo y por lo cual propone la presente litis, lo cual dota a este acto por sí mismo de la capacidad para ser demandado, por esta razón, para esta Agencia Judicial es dable afirmar que la administración si tuvo la oportunidad de manifestarse respecto a lo solicitado por la actora en este trámite.

En igual sentido, advierte este Despacho que en el acto administrativo demandado se dispone que contra el mismo procede únicamente el recurso de reposición, el cual no resulta obligatorio para agotar la vía administrativa, de conformidad con lo preceptuado por el inciso final del artículo 76 del CPACA.

Por lo anterior este Despacho considera que no hay lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda, propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

4.2.- Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada en audiencia inicial celebrada el 19 de octubre de 2017, el problema jurídico se contrae en determinar si la Nación – Ministerio de Defensa, en la expedición de la Resolución 5201 del 3 de Diciembre de 2015, mediante la cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional le reconoció a la señora Lilibeth Sanjuán Mendoza y a sus hijos una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Edilfonso José Mendoza Peñate y el Oficio No. OFI18-108933 MDNSGDAGPSAP, el cual negó la reliquidación de la pensión, incurrió en infracción de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse y falsa motivación. En caso positivo, corresponderá determinar si es procedente ordenar el restablecimiento del derecho deprecado, es decir que se reliquide la pensión de sobrevivientes de la demandante estableciendo que al monto resultante de aplicar el porcentaje de la pensión de invalidez a la asignación básica se le adicione el porcentaje de la prima de antigüedad a que tiene derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, y que se incluyan como partidas computables el subsidio familiar y la prima de navidad que devengaba el causante.

4.3.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis que, en el presente asunto se encuentra probado que la demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de sobrevivientes reconocida en la Resolución 5201 de 3 de diciembre de 2005, en razón a que la entidad demandada ha venido aplicando una fórmula para liquidar la pensión que implica una incorrecta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues aplica el porcentaje para calcular el monto, establecido en el artículo 2 de la Ley 923 de 2004, a la sumatoria del salario básico y la prima de antigüedad, cuando dicho porcentaje debe aplicarse solo al salario básico y luego sumar el valor correspondiente de la prima de antigüedad.

Así mismo se sostendrá la tesis que a la demandante le asiste derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para el cálculo de la pensión de sobrevivientes por encontrarse dentro de las circunstancias de hecho y derecho descritas en la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación.

4.4.- Marco Normativo y Jurisprudencial.

4.4.1. Decreto 1794 de 2000 «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares».

Al respecto es necesario precisar que la Ley 4 de 1992, en su artículo 2 contempló «Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios»; además, el literal a) dispuso: «El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales».

Lo anterior se refiere a los soldados voluntarios que se encontraban vinculados antes del 1 de enero de 2001, regidos por la Ley 131 de 1985 y que con la entrada en vigencia del Decreto 1794 de 2000, conservarían sus derechos salariales y prestacionales adquiridos.

Los artículos primero y segundo de la norma en referencia reglamentaron la asignación salarial mensual y la prima de antigüedad a que tienen derecho los soldados profesionales así:

Artículo 1.- Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

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

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.

Con la expedición de los Decretos 1973 y 1974 de 2000, el Gobierno Nacional quiso mantener para el personal de soldados voluntarios el monto del salario que venían percibiendo en vigencia de la Ley 131 de 1985 al momento de su inclusión en el cuerpo de soldados profesionales, por considerar que era un derecho adquirido, siendo esta la única excepción que se contempló, ya que en lo demás deben cumplir el reglamento que se emitió para el cargo en mención.

4.4.2. Régimen de asignación de retiro y pensión de sobrevivientes de los soldados profesionales.

Para abordar el tema de los soldados profesionales es necesario precisar, en primer término, que dentro del personal de soldados profesionales hay dos categorías: i) la de aquellos que se incorporaron a las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) la de aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales.

Los **soldados voluntarios**, en los términos de la Ley 131 de 1985¹, son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Por su parte, los **soldados profesionales**, en los términos del artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

En relación con los soldados voluntarios, el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 les asignó una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en 60%, la cual no podría sobrepasar los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto. Por su parte, el artículo 5 *ibidem*, dispuso que el soldado voluntario que estuviese en servicio un año, tenía derecho a percibir una bonificación de navidad, «equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año», previendo que cuando este no hubiere servido un año completo, tenía derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio. A su turno, el artículo 6, indicó que el soldado voluntario que fuera dado de baja tendría derecho a un pago único de una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Por su parte, el Decreto 370 de 1991, que reglamentó la Ley 131 de 1985, previó que el soldado voluntario no podría superar la edad de los 35 años en el servicio, y si los alcanzaba, el Comando de la respectiva Fuerza podría darlo de baja, pero solamente

¹ «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario»

tendría derecho al pago de una pensión mensual equivalente al sueldo básico devengado por un cabo segundo o mariner, si su desacuartelamiento se producía por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades. De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2728 de 1968², esta calificación debía efectuarse según lo previsto por el régimen de aptitudes, invalideces e indemnizaciones para el personal al servicio de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional³, prestación que podrían continuar devengando sus beneficiarios al tenor de lo normado por el artículo 5⁴ del Decreto 1305 de 1975⁵.

Así las cosas, es evidente que hasta este momento los soldados voluntarios no tenían consagrada expresamente en la ley una prestación periódica por retiro, independientemente de la denominación que pudiera recibir aquella, ya fuera asignación de retiro, pensión de jubilación o vejez, etc. Solamente tenían derecho a una bonificación cuyo valor sería determinado por el tiempo que hubiera prestado sus servicios, el cual, tenía previsto como límite máximo la edad de 35 años, y tendría la posibilidad de devengar una mesada, únicamente, por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades.

Luego, la Ley 66 de 1989⁶ confirió facultades al presidente de la República para reformar los estatutos del personal de oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, incluyendo el régimen general de prestaciones sociales, entre otros aspectos. Con fundamento en esto se expidió el Decreto 1211 de 1990⁷, régimen que no contuvo disposiciones relativas a los soldados voluntarios.

Más adelante, el Congreso de la República expidió la Ley 578 de 2000⁸ que le concedió facultades al presidente de la República, nuevamente, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía, entre ellas, las relativas al régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares⁹. Fue así como se expidió el Decreto 1793 de 2000¹⁰, el cual, en el parágrafo del artículo 5, previó que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de Fuerza, serían incorporados el 1.º de enero de 2001, con la antigüedad respectiva.

Es de anotar que esta normativa hizo extensivo para los soldados profesionales los regímenes contenidos en el Código Penal Militar, el Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y las que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Sin embargo, en materia pensional, este decreto no contempló como tal una asignación de retiro, como sí se consagró para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, sino que se previó una pensión de vejez, respecto de la cual, se indicó que se regiría

² Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

³ Artículo 2 del Decreto 2728 de 1968.

⁴ «Artículo 5. A la muerte de un soldado o grumete en goce de pensión, su esposa e hijos inválidos absolutos en forma vitalicia, y sus hijos menores legítimos o naturales, hasta cuando cumplan la mayor edad o se emancipen, tendrán derecho a devengar la totalidad de la prestación que venía percibiendo el causante. A falta de esposa e hijos menores, la prestación corresponderá a los padres legítimos o naturales del causante ~~únicamente por el término de cinco (5) años~~. (expresión tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-002 de 1999).

Parágrafo. A las viudas y a los hijos inválidos absolutos de los soldados o grumetes que se encuentren en la actualidad en la actualidad devengando o tengan derecho causado a disfrutar los cinco (5) años de sustitución pensional, les queda prorrogado en forma vitalicia a partir de la vigencia del presente decreto en derecho consagrado en este artículo y para los hijos menores hasta cuando se emancipen o cumplan la mayor edad».

⁵ «Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes, Soldados, Grumetes y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Servidores de las entidades adscritas o vinculadas a éste».

⁶ «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro t mpore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada».

⁷ «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares»

⁸ «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».

⁹ Artículo 1.

¹⁰ «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de soldados Profesionales de las Fuerzas Militares».

por el sistema de capitalización de la Ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 39 dispuso lo siguiente:

«ARTÍCULO 39. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se registrará por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.

El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

PARAGRAFO 2. Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte¹¹.»

Conforme lo anterior, el mismo Decreto 1793 de 2000, en el artículo 40¹², indicó que las entidades encargadas de administrar los aportes de los soldados profesionales serían seleccionadas por el Ministerio de Defensa Nacional mediante concurso y, en el artículo 41 consagró un régimen de transición para aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, a quienes el Ministerio de Defensa Nacional efectuaría el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición de ese decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del 12% que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría, con base en lo previsto en la Ley 4 de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos. En desarrollo de lo previsto en tal precepto legal, se expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual, en lo referente a la asignación mensual de este personal, definió que sería calculada en el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, no obstante, quienes para el 31 de diciembre de 2000 se encontraran vinculados como soldados voluntarios, continuarían devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%¹³. Adicionalmente, señaló que los soldados profesionales tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

- Prima de antigüedad (art. 2)
- Prima de servicio anual (art. 3)
- Prima de vacaciones (art. 4)
- Prima de navidad (art. 5)
- Pasajes por traslado (art. 6)
- Pasajes por comisión (art. 7)
- Vacaciones (art. 8)
- Cesantías (art. 9)
- Vivienda militar (art. 10)
- Subsidio familiar (art. 11)

¹¹ El cual fue derogado por el Decreto 4433 de 2004.

¹² También derogado por el Decreto 4433 de 2004.

¹³ Artículo 1.

- Tres meses de alta (art. 12)
- Gastos de inhumación (art. 14)

En síntesis, en el siguiente cuadro se ilustran las diferencias que el nuevo régimen salarial trajo para los soldados profesionales:

Concepto	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 y Decreto 370 de 1991	Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000
REMUNERACIÓN MENSUAL	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%.	1 SMLMV incrementado en un 40% para quienes se vincularan al servicio a partir de la vigencia del Decreto. 1 SMLMV incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985.
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58% ¹⁴	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%.
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV incrementado en un 60% y si no hubiere completado un año de servicio una 1/12 por cada mes completo de servicio.	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	N/A	½ SMLMV
PRIMA DE VACACIONES	N/A	½ SMLMV
VIVIENDA FAMILIAR	N/A	Acceso a beneficios
SUBSIDIO FAMILIAR	N/A	4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%.
CESANTÍAS	Una bonificación por año de servicios y proporcional por las fracciones de meses.	Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios.

Posteriormente, y como se explicó en precedencia, la Ley 797 de 2003 confirió facultades al Ejecutivo para reformar el régimen pensional de las Fuerzas Militares¹⁵. Con fundamento en ello se expidió el Decreto 2070 de 2003¹⁶, que incluyó dentro de su campo de aplicación a los soldados, para quienes se reguló la asignación de retiro en los siguientes términos:

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales, así como los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%)

¹⁴ Esta prima de antigüedad se consagró para los soldados voluntarios en las siguientes normas: Decreto 335 de 1992 (art. 17); Decreto 25 de 1993 (art. 31); Decreto 65 de 1994 (art. 30); Decreto 133 de 1995 (art. 31); Decreto 107 de 1996 (art. 29); Decreto 122 de 1997 (art. 30); Decreto 58 de 1998 (art. 31); Decreto 62 de 1999 (art. 32); Decreto 1463 de 2001 (art. 31); Decreto 2737 de 2001 (art. 31); Decreto 745 de 2002 (art. 31) y Decreto 3552 de 2003 (art. 30).

¹⁵ Artículo 17. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:
[...]
3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

¹⁶ Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares

de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Adicionalmente, precisó que las partidas computables para la asignación de retiro del personal en cuestión serían el salario mensual en los términos del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes que el Decreto 2070 de 2003 señaló en el artículo 18, con lo cual se entendía derogado en lo pertinente el Decreto 1793 de 2000¹⁷. Sin embargo, la declaratoria de inexecutable de este decreto implicó la reviviscencia de los preceptos que antes de su expedición venían rigiendo.

Luego, en atención a los parámetros generales dictados por la Ley 923 de 2004¹⁸, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 en el que reguló el derecho a una asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

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

Las partidas computables a las que se refiere la norma citada son las descritas en el artículo 13 *ibidem*, de la siguiente forma:

Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

[...]

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.*

Se observa entonces que fue solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 que pudo hablarse de un derecho a la asignación de retiro de los soldados profesionales, propiamente dicho, dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares, pues, las normas que anteriormente regularon las prestaciones sociales en favor de este personal, remitieron a las disposiciones generales en esta materia.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación del monto de la pensión de invalidez y en específico la inclusión de la prima de antigüedad, las normas hasta aquí referenciadas no contemplan el modo en que dicha liquidación deba efectuarse, por lo cual debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece la liquidación de la asignación de retiro para soldados profesionales:

ARTÍCULO 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo*

¹⁷ Este decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-432 de 2004.

¹⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, respecto a la interpretación del artículo citado, en cuanto a la forma en que se liquida la asignación de retiro –en este caso pensión de invalidez- el Consejo de Estado en Sentencia de 10 de mayo de 2018¹⁹, expediente 19001-23-33-000-2014-00128-01 (1936-2016), explicó:

“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual”.

Es claro entonces que en la liquidación de la pensión de los soldados e infantes profesionales de las Fuerzas Militares no se aplica el porcentaje respectivo al valor de la prima de antigüedad sumada al salario básico, sino que dicho porcentaje se aplica a este y a dicho resultado se suma el valor de la prima de antigüedad.

Debe aclararse que los porcentajes citados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 deben a su vez ser armonizados a la luz de los porcentajes establecidos para la liquidación de la pensión de sobrevivientes, señalados en el artículo 2 de la Ley 923 de 2004 y demás normas aplicables como el artículo 2 del Decreto 1793 de 2000.

Así mismo la Sentencia de Unificación SUJ-1707-16-19 estableció regla jurisprudencial para la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto al cálculo de la prima de antigüedad ratificando lo dicho en líneas anteriores de la siguiente manera:

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:

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

En cuanto a las partidas computables que se deben incluir en las asignaciones de retiro, pensiones de invalidez y sobrevivientes la misma sentencia estableció como regla lo siguiente:

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

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.

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.

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

¹⁹ M. P. William Hernández Gómez.

dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁰ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²¹ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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.

De lo anterior se puede establecer que no puede incluirse como partida de la asignación de retiro, pensión de invalidez o pensión de sobreviviente de los soldados profesionales la doceava de la prima de navidad y en cuanto a la inclusión del subsidio familiar, el mismo se puede incluir, siempre y cuando los soldados profesionales hayan causado el derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014, en un 30% para quienes al momento del retiro devengaban el subsidio familiar y el 70% para aquellos que no percibían tal subsidio.

5.- Caso Concreto.

5.1.- Hechos Probados.

- A folio 20 del expediente administrativo allegado por la parte demandada obra copia de la Hoja de Servicios No. 3-72019307 a nombre de Edilfonso José Mendoza Peñate, expedida el 4 de noviembre de 2015 por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional en la que se indican las partidas computables para la asignación de retiro del demandante entre las que se encuentran el sueldo básico por valor de \$902.090, la prima de antigüedad en un 38.50% equivalente a \$347.305 y subsidio familiar, correspondiente al 4% del salario básico más el 100% de la prima de antigüedad como subsidio familiar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, equivalente a \$169.142.

- En la misma hoja de servicios obra una relación con los tiempos de servicio prestados por el causante, así: soldado regular desde el 10 de febrero de 2000 hasta el 11 de agosto de 2001; alumno soldado profesional desde el 12 de agosto de 2001 hasta el 25 de septiembre de 2001 y soldado profesional desde el 26 de septiembre de 2001 hasta el 27 de septiembre de 2015; por lo tanto, la norma aplicable en este caso corresponde al Decreto 1794 de 2000.

- Igualmente se anexa a folios 29 a 33 del expediente administrativo la Resolución 5201 de 3 de diciembre de 2015, por la cual reconoce y ordena el pago de pensión de sobreviviente por la muerte en simple actividad del soldado profesional Edilfonso José Mendoza Peñate a la señora Lilibeth María Sanjuán Mendoza (cónyuge) y a los menores Keiner Joseth, Keyler José y Keyder José Mendoza Sanjuán (hijos) efectiva a partir del 27 de septiembre de 2015. En dicho acto administrativo se tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables:

Salario básico (SMLMV + 40%): \$902.090

Prima de antigüedad en un 38.5% sobre la devengada en el servicio activo (58.5%): \$203.173.

En el artículo primero de la parte resolutive de la resolución se señala que el monto de la pensión otorgada sería \$644.350, es decir el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015, en tanto que a las partidas computables se les aplicó el 40% y el equivalente resultaba inferior al SMLMV.

- Se encuentra acreditado en el expediente que la demandante presentó petición el 26 de octubre de 2018, radicado EXT189-124622, ante la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, solicitando la inclusión del

²⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²¹ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

subsidio familiar y la doceava de la prima de navidad como partidas computables para reliquidar el monto de la pensión de sobrevivientes, frente a lo cual la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 0F118-108933 MDNSGDAGPSAP del 9 de noviembre de 2018, niega las peticiones de la demandante (Folio 12 del expediente).

5.2.- Análisis Crítico De Las Pruebas Frente Al Marco Jurídico.

5.2.1. Cálculo de la prima de antigüedad para liquidar la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, en lo que se refiere al cálculo que se tomó para la liquidación de la pensión de sobrevivientes de la demandante por parte de la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, respecto de la prima de antigüedad, se observa que al dar aplicación a la norma, utilizó un procedimiento diferente al allí descrito, comoquiera que el que se empleó fue el siguiente: tomó el sueldo básico, esto es un salario mínimo incrementado en un 40%, a lo cual se le aplicó el 38.5% para obtener la prima de antigüedad, y del valor que de allí se arroja se adiciona al sueldo básico. Entonces a dicha sumatoria se aplicó el 40% como tasa de reemplazo por el tiempo de servicio que prestó el causante como soldado profesional, de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.

De conformidad con el texto del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicable al presente caso, y en concordancia con las normas aplicables a la pensión de sobreviviente, se puede advertir que dicha prestación, en el caso particular del accionante, en su calidad de soldado profesional, debe ser liquidada con el 40% del salario mensual de acuerdo al numeral 3.6 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, ello de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 y el tiempo de actividad del actor, lo que da como resultado el monto total de la prestación. Se aclara, primero se determina el 40% del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad frente a la totalidad del sueldo básico y la sumatoria de esas dos cifras da como resultado el valor de la asignación. Resulta inadecuado aplicar el 40% por ciento al sueldo básico y al 38.5% de la prima de antigüedad para determinar el monto de la pensión, pues con esta interpretación se estaría aplicando doble descuento o doble porcentaje a la prima de antigüedad, con lo cual se contraría lo querido por el legislador, en desmedro de los derechos de los soldados de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto a la fórmula utilizada por la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa en la Resolución 1160 de 13 de mayo de 2008, para calcular el porcentaje de la prima de antigüedad en la liquidación de la pensión de sobrevivientes del causante Edilfonso José Mendoza Peñate.

5.2.2. De la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad como partidas computables para el cálculo de la pensión de sobrevivientes.

Con fundamento en las normas y jurisprudencia previamente expuestas, el Despacho advierte que al momento de retiro de la muerte en servicio del señor Edilfonso José Mendoza Peñate, esto es septiembre de 2015, le fue reconocido el Subsidio Familiar como partida computable de la asignación de retiro, tal y como quedó acreditado en la Hoja de Servicios No. 3-72019307.

Ahora bien, para resolver las inconformidades presentadas por el actor es menester remitirnos a las sentencia de unificación SUJ-015-CE-52-2019 proferida recientemente por el H. Consejo de Estado, en la cual señala que en cumplimiento del principio de progresividad y sin vulnerar el de igualdad se expidieron los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que incluyeron el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo tanto para quienes causaron su derecho a la pensión de

sobrevivientes con posteridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar es partida computable para la liquidación de esa prestación, en un porcentaje del 30% de la percibida en actividad. Subregla aplicable a la demandante a quien se le reconoció pensión de sobrevivientes con efectividad al 27 de septiembre de 2015, evidentemente en fecha posterior a julio de 2014.

En consecuencia, para esta agencia judicial resulta procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que se llega a la conclusión que los mismos no fueron fundamentados en las normas legales y vigentes, las cuales han sido interpretadas por la jurisprudencia actual, y no transgreden normas constitucionales, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

Ahora bien, tal y como se dejó sentado en el acápite jurisprudencial, la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación SUJ-1707-16-19, es claro que para el caso de los soldados profesionales no se puede incluir la prima de navidad como partida computable para el cálculo de la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivientes, por lo cual habrá que denegar la pretensión de la demanda encaminada a la inclusión de dicha prestación como partida computable.

Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula, establecida por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a la diferencia producto del reajuste salarial, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5.2.3. De la prescripción.

En este punto, se tiene que, tratándose de derechos y prestaciones sociales reconocidas a miembros de las Fuerzas Militares, es aplicable la prescripción cuatrienal prevista en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968.

El artículo 174 ibídem dispone que “Los derechos consagrados en este Estatuto (Del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares) prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

En tal sentido, al examinar el material probatorio se tiene que la demandante elevó petición el 26 de octubre de 2018, radicado EXT189-124622, solicitando el reajuste de su pensión de sobrevivientes, y en tanto el derecho surgió el 27 de septiembre de 2015, se tiene que interrumpió la prescripción nuevamente por un lapso de 4 años, es decir que al presentarse la demanda el 23 de mayo de 2019, se tiene que en el presente caso no ha operado la prescripción de las mesadas por lo que las diferencias resultantes las diferencias se pagarán a partir de la fecha en que se causó el derecho.

5.3.- Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida en razón a que no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad, conforme al artículo 188 CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

6.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de inepta demanda, propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial del acto administrativo contenido en Resolución 5201 del 3 de Diciembre de 2015, mediante la cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional le reconoció a la señora Lilibeth Sanjuán Mendoza y a sus hijos una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Edilfonso José Mendoza Peñate.

Así mismo **DECLÁRASE** nulo el acto administrativo contenido en el Oficio, No. 0FI18-108933 MDNSGDAGPSAP de 9 de noviembre de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes a la señora Lilibeth María Sanjuán Mendoza, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a reliquidar y pagar la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Lilibeth María Sanjuán Mendoza por la muerte del soldado profesional Edilfonso José Mendoza Peñate, realizando el respectivo ajuste de la prima de antigüedad aplicando el cálculo en debida forma, esto es con el 40% del salario mensual de acuerdo al numeral 3.6 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, ello de conformidad con el artículo 2 del decreto 1794 de 2000 y el tiempo de actividad del actor, lo que da como resultado el monto total de la prestación. Se aclara, primero se determina el 40% del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad frente a la totalidad del sueldo básico y la sumatoria de esas dos cifras da como resultado el valor de la asignación, ello en atención a las consideraciones precedentemente esbozadas.

Así mismo **CONDÉNESE** a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a reliquidar y pagar la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Lilibeth María Sanjuán Mendoza por la muerte del soldado profesional Edilfonso José Mendoza Peñate incluyendo como partida computable el subsidio familiar en un porcentaje del 30% de la percibida en actividad por el causante.

CUARTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: el pago de las diferencias causadas en la asignación salarial se realizara a partir de la fecha de causación del derecho esto es el 27 de septiembre de 2015 y hasta la ejecutoria de la presente providencia, en el entendido que no se halló probada la prescripción cuatrienal.

SEXTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

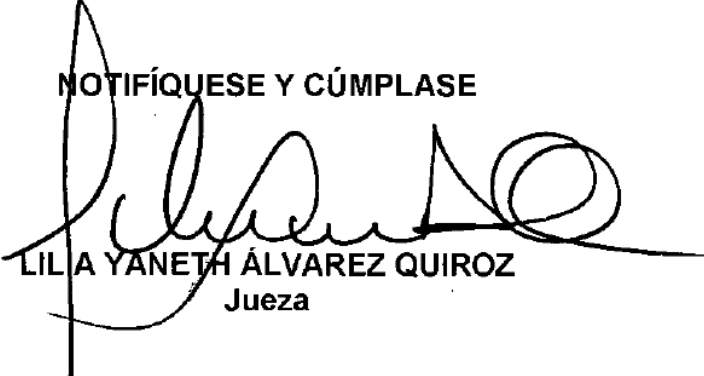
SÉPTIMO: Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A. y C.A.

OCTAVO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A. y C.A.

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

DÉCIMO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/AFP

Se deja constancia que por fallas en el aplicativo de firma electrónica se le imprime firma digitalizada.