



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

AUDIENCIA INICIAL

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE ALEXANDER GONZALEZ AVENDAÑO CONTRA LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL RAD. 2016-386

En Ibagué, siendo las tres y cincuenta y cinco minutos de la tarde (3:55 p.m.), de hoy ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS, se constituye en audiencia pública, en la fecha indicada en auto del diecinueve (19) de Octubre de 2017, dentro del proceso señalado en el encabezamiento, para llevar a cabo la audiencia establecida en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se hacen presentes las siguientes personas:

Parte demandante:

ALVARO RUEDA CELIS, identificado con cédula de ciudadanía número 79.110.245 de Fontibón y tarjeta profesional 170.560 del C.S.J. quien se encuentra debidamente identificado y reconocido como apoderado judicial de la parte demandante, sustituye el poder conferido a la Dra. GUSELL PAULINE MENGUAL HERNANDEZ, identificada con cédula de ciudadanía número C.C. No. 1.110.512.516 y T.P. No. 253.664 del C. S. de la J, a quien por ser procedente se le reconocerá personería, para que asista a ésta audiencia.

Parte demandada:

NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

MARTHA XIMENA SIERRA SOSSA, identificada con cédula de ciudadanía número 27.984.472 de Barbosa Santander y tarjeta profesional número 141.967 del C.S.J., quien contestó la demanda de manera extemporánea, aportó a folio 120 poder otorgado por el Coronel JOHN JAIRO ROJAS GOMEZ, comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional, por lo que se le reconocerá personería como apoderada de la parte demandada, en los términos del poder conferido.

Ministerio Público:

YEISON RENE SANCHEZ BONILLA, Procurador Judicial 105 ante lo Administrativo.

Procede el Juez a indicar las condiciones de la audiencia, las cuales están señaladas en la Ley.

SANEAMIENTO

Revisado el expediente, el Despacho no encuentra que en las actuaciones surtidas se haya configurado vicio alguno que de origen a una nulidad. Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que no existen irregularidades que puedan dar origen a una nulidad se declara precluida esta etapa. Esta decisión queda notificada en estrados. **SIN RECURSO.**

EXCEPCIONES PREVIAS

No hay excepciones previas que resolver por cuanto la entidad accionada contestó la demanda extemporáneamente. La anterior decisión queda notificada en estrados. **SIN RECURSOS.**

Por otra parte, el Despacho procedió a revisar en la página web de la rama judicial en el link de consulta de procesos, por el nombre del demandante para verificar que no existiera otra demanda sobre los hechos y pretensiones en otros despachos judiciales contra la misma entidad aquí demandada, consulta que arrojó como resultado la existencia de otro proceso que se tramita en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué bajo el radicado 73001333300320160049800, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Nacional, y donde se encuentra fijada fecha para celebración de audiencia inicial para el 9 de Noviembre de 2017 a las 11:00 a.m..

Con el fin de verificar si existía similitud en las pretensiones, se oficio se procedió a obtener copia de la demanda presentada en dicho proceso, e impresión de la consulta de procesos del radicado 73001333300320160049800, folios 139-146.

En la copia de la demanda adelantada en el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Ibagué, se observa como pretensión en común, la solicitud de nulidad del oficio OFI15-81878 MDNSGDAGPSAP del 13 de Octubre de 2016 y como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de invalidez del demandante, con la correcta aplicación de la prima de antigüedad conforme el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004,

En este orden de ideas y ante dicha situación, por una parte podría pensarse que existe un pleito pendiente que conllevaría a una suspensión del proceso, sin embargo la situación fáctica no encaja dentro del numeral 1 del artículo 161 del Código General del Proceso que reza:

“...art. 161. Suspensión del proceso

- 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquél como excepción o mediante demanda de reconvencción....”*

Como quiera que el referido proceso se encuentra pendiente de realizarse audiencia inicial la cual se llevará a cabo el 9 de Noviembre del presente año, es evidente que frente a tal situación no es viable dar aplicación a dicha disposición, por lo que no puede decretarse la suspensión del proceso.

De otro lado, atendiendo que el apoderado en los dos procesos es el Dr. Alvaro Rueda Celis, y que se solicitó en los dos medios de control la nulidad del mismo acto administrativo, esto es, el oficio OFI15-81878 MDNSGDAGPSAP del 13 de Octubre de 2016 y como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de invalidez del demandante, con la correcta aplicación de la prima de antigüedad conforme el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, lo cual generaría que se pueden producir dos decisiones judiciales frente a la misma pretensión, además de congestionar de manera innecesaria los Despacho Judiciales.

Por lo anterior, se ordenará compulsar copias al Consejo Seccional de la Judicatura, a fin que se investiguen las posibles faltas disciplinarias en que pudo incurrir el Dr. Álvaro Rueda Celis, al haber presentado dos demandas con idénticas pretensiones.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

La parte actora solicita se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. OFI16-27029 del 15 de Abril de 2016, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de la partida de Subsidio Familiar para ser incluida en la pensión de invalidez; No. OFI15-81878 del 13 de Octubre de 2015, que negó el reajuste de la pensión de invalidez adicionando el porcentaje de la prima de antigüedad a que tiene derecho; que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago a favor del demandante al reajuste de la pensión de invalidez con la inclusión de la partida del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad; igualmente se condene a la entidad a reliquidar la pensión de invalidez, estableciendo que al monto resultante de aplicar el porcentaje de pensión de invalidez a la asignación básica se le adicione el porcentaje de prima de antigüedad a que tiene derecho de conformidad a lo establecido en el artículo 18 del decreto 4433 de 2004; que se disponga el pago de indexación sobre todos los valores adeudados, el pago de intereses de mora y condena en costas.

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contestó la demanda extemporaneamente.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Así las cosas, el litigio queda fijado en determinar si "el demandante tiene derecho a que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional reajuste su pensión de invalidez tomando como base de liquidación la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad, así como la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que la venía percibiendo cuando estaba en servicio activo, pese a que el Decreto 4433 de 2004 no contempla este factor en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales".

CONCILIACIÓN

En esta etapa, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte accionada quien manifestó: la decisión es no conciliar las pretensiones de la demanda y aporta 1 folio, el cual se incorpora al proceso, se le concede el uso de la palabra a la apoderada del demandante quien manifiesta: solicita se declare fallida la etapa de conciliación. Ministerio Público: Solicito se declare fallida esta etapa.

Teniendo en cuenta que no asiste ánimo conciliatorio, se da por agotada esta etapa procesal. Decisión que queda notificada en estrados. SIN RECURSOS.

MEDIDAS CAUTELARES

No existe solicitud de medidas cautelares. Se declara superada esta etapa. Se notifica esta decisión en estrados, sin recursos.

PRUEBAS

Parte demandante

Se decretan como pruebas las aportadas con la demanda y vistas a folios 4-22, las cuales serán apreciadas y se les dará el valor legal que les corresponda en el momento procesal oportuno.

La parte demandante no solicitó la práctica de pruebas.

Parte demandada

Contestó la demanda de manera extemporánea.

Incorpórese el expediente prestacional aportado por la entidad accionada, y que obra a folios 126 a 134.

Estos documentos han permanecido a disposición de las partes, a fin de hacer efectivo el principio de contradicción de la prueba, en la forma y términos dispuestos en la Ley.

En virtud de lo anterior, y como quiera que no hay pruebas que practicar se declara cerrado el periodo probatorio. Esta decisión queda notificada en estrados, y se corre traslado de esta decisión: apoderada de la parte demandante **SIN RECURSO**. Parte demandada: **SIN RECURSO**. Ministerio Público: **SIN RECURSO**.

CONCLUSION

Una vez evacuadas las etapas de que trata el artículo 180 del CPA y de lo CA, y como quiera que se prescindió del término probatorio. En ejercicio de la facultad contenida en el inciso final del artículo 179 del CPACA, y dada la naturaleza del asunto se procederá a escuchar las alegaciones de las partes, adviértase, que si a bien tienen alegar de conclusión, deben abstenerse de repetir lo dicho en la demanda y su contestación, sino que deben aportar nuevos elementos al debate. La anterior decisión se notifica por estrados, SIN RECURSOS.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Inicia en el minuto 11:56 y termina en el minuto 12:15.

Parte demanda: Inicia en el minuto 12:20 y termina en el minuto 13:21.

Ministerio Público: No rindió concepto.

Seguidamente, y luego de escuchadas las alegaciones presentadas por las partes, el señor Juez anuncia que dictará sentencia.

SENTENCIA ORAL.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS Y JURISPRUDENCIALES

Prima de antigüedad:

En lo que respecta a la pretensión de la reliquidación de la asignación de retiro dándole aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que indica que el 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad, es de precisar lo siguiente:

El Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004, por medio de la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la Constitución Política. Es así como, dicha norma fue reglamentada por el Ejecutivo a través del Decreto 4433 de 2004, vigente para la fecha en que el demandante se retiró del servicio y cuyo artículo 13 dispone que la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán para los Soldados Profesionales incluyendo como partidas, el i) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000 y ii) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mencionado decreto.

De igual manera, en su artículo 16, establece que 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."*

Así las cosas, se tiene que para liquidar la asignación de retiro del demandante la Entidad debía tener en cuenta el 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., del Decreto 4433 de 2004, esto es, el *salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-Ley 1794 de 2000*, asunto que fue acabado de estudiar.

Ahora, el artículo 2º del Decreto Ley 1794 de 2000, que regula la prima de antigüedad para los Soldados Profesionales, señala que *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%)".*

Ahora, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ha sido objeto de múltiples interpretaciones, tanto de los funcionarios judiciales como de los funcionarios de la institución que debe reconocer y pagar la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los soldados profesionales.

En tal sentido, respecto a la interpretación que se debe dar al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2015, con ponencia del



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

H. Concejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del radicado 11001-03-15-000-2015-00801-00, dijo:

“... Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo. ...”

La anterior decisión fue tomada en cuenta por la Sección Cuarta de la Alta Corporación dentro del contenido de la sentencia de tutela del 11 de mayo de 2016 en el expediente con radicación número 11001-03-15-000-2016-00822-00 donde actuó como concejera ponente la H. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En este orden de ideas es claro que cuando la norma habla que la asignación de retiro equivale al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, no significa ello que al salario mensual se le adicione éste último porcentaje de prima de antigüedad para ahí si tomar el 70% que corresponde a la asignación mensual, sino que por el contrario, al salario mensual se le liquida el 70% y a éste resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, el cual valga la aclaración, también se toma del salario mensual.

Ahora bien, es de precisar que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 establece que el personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional a quienes se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el mencionado decreto, que para el caso concreto y teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor, sería el noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas.

Así las cosas, en atención al principio de favorabilidad, la pensión de invalidez del actor, debió reconocerse tomando el 95% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, la cual se liquida con fundamento en el salario mensual devengado, y no como lo liquidó la entidad accionada.

Del subsidio familiar

El subsidio familiar conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 21 de 1982: “es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Como ya es sabido, el Decreto 1794 de 2000 constituye el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, donde se estableció el derecho de tales servidores a percibir a más de la asignación básica y otras prestaciones, el subsidio familiar.

Ahora, en lo que tiene que ver con el régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales, tenemos que el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, estableció en su artículo 5 que, *"Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto"*, y como partidas computables para liquidar la asignación de retiro, el artículo 13 de la citada norma, dispone el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales, sin embargo en el párrafo de la citada norma se dispone:

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.

En concordancia con lo anterior, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que 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 se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 30 de marzo de 2011, se pronunció respecto al derecho a la igualdad y la aplicación de los regímenes especiales de la siguiente manera:

"...El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas...."

En atención a ello, para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y si por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, **hay que establecer si la norma regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable**. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual.

Ahora, frente a los regímenes especiales, dice que éstos responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social y su objetivo reside en la *"protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"*. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinará su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P. y la Corte dice que la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales.

Así las cosas, si bien el citado decreto 4433 reglamenta los objetivos, fines y principios consagrados en la Ley 923 de 2004, donde se estableció que el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debía tener en cuenta entre otros, **el derecho a la igualdad**, lo cierto es que tal principio se ve vulnerado con el **trato normativo desigual** establecido en el citado Decreto 4433, pues no se tiene en cuenta el sentido y objetivo del subsidio familiar, desconociendo que los soldados profesionales son los que menos ingresos perciben dentro de la escala salarial de los miembros de las Fuerzas Militares y pasando por alto la razón de ser del subsidio familiar, favoreciendo a quienes reciben una asignación de retiro mucho más alta y perjudicando a quienes reciben menos y tienen menos recursos para atender de una manera digna las necesidades de su familia, precisamente por una partida que pretendía exactamente lo contrario.

Tal violación al derecho a la igualdad es tan evidente, que no se entiende por qué los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior tienen derecho a percibir la prestación aquí reclamada, cuando los soldados profesionales que ostentan ingresos más bajos, no tienen derecho a recibirlo dentro de la asignación de retiro, desconociendo que la **esencia de tal prestación es beneficiar a las personas de bajos y medianos ingresos con el fin de proteger la familia**, por tanto no existe justificación en el trato diferencial y se contrapone a los fines de la Constitución Política, por lo que se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, equidad, solidaridad, universalidad, y como consecuencia de ello una total desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, desprotegiendo a los Soldados Profesionales quienes son lo que perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

Teniendo en cuenta que el parágrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, violan principios Constitucionales así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, deberán inaplicarse a fin de poder incluir dentro de la pensión de invalidez del actor el subsidio familiar, en el porcentaje que tuviese reconocido a la fecha de retiro, en atención a que se encuentra acreditado que el actor percibía dicha prestación cuando estaba en servicio activo por tener un grupo familiar, el cual permanece en la actualidad.

DEL CASO EN CONCRETO.

De las pruebas allegadas al proceso, el Despacho logra tener por ciertos los siguientes hechos:

1. Que el Soldado Profesional @ ALEXANDER GONZALEZ AVENDAÑO solicitó a la entidad demandada el reajuste de su pensión de invalidez liquidando correctamente la prima de antigüedad e incluyendo el subsidio familiar, folios 5-11.
2. Que mediante oficios N° OFI15-81878 MDNSGDAGPSAP del 13 de Octubre de 2015 y OFI16-27029 MDNSGDAGPSAP del 15 de Abril de 2016 la entidad accionada negó la reliquidación reclamada folio 13 - 15.
3. Que al momento de retiro del servicio el señor ALEXANDER GONZALEZ AVENDAÑO percibía la partida de subsidio familiar, folio 19 y 128.
4. Que por medio de Resolución No. 1426 del 23 de Mayo de 2011 la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL reconoció pensión de invalidez al señor ALEXANDER GONZALEZ AVENDAÑO donde liquida la prestación teniendo en cuenta prima de antigüedad, folios 20-21.
5. Liquidación de prima de antigüedad, folios 13-14.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, su autenticidad y veracidad no ha sido controvertida.

En ese orden de ideas, en lo que respecta a la pretensión reliquidación de la pensión de invalidez con la **prima de antigüedad**, encuentra el Despacho que la forma como ha liquidado la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL tal prestación, va en contravía con lo ordenado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en consonancia con lo indicado por nuestro órgano de cierre en las decisiones antes referenciadas, por lo que es dable concluir que, se debe tomar el sueldo básico y sobre este dar aplicación a lo indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de tomar el 95% de dicho valor y al resultado de tal operación se le adiciona el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, el cual también se toma del sueldo básico, y estos dos valores adicionados conforman el monto de la pensión de invalidez, procediendo así a reajustar la pensión de invalidez del demandante reconocida mediante Resolución No. 1426 del 23 de Mayo de 2011, efectiva a partir del 2 de Octubre de 2011 en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, como quiera que la petición de reliquidación fue radicada el 2 de Octubre 2015, folios 8-11.

Como quiera que el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante se verá afectada y la misma no fue objeto de nulidad, el Despacho de forma oficiosa declara la nulidad parcial de la Resolución No. 1426 del 23 de Mayo de 2011 en lo que respecta el ingreso base de liquidación.

En cuanto al **subsidio familiar**, teniendo en cuenta lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se establece que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley, por tanto se ordenará inaplicar el parágrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004, lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la pensión de invalidez del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro y a partir del 8 de abril de 2012 en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, como quiera que la petición de reliquidación fue radicada el 8 de Abril 2016, folios 5-6.

Dichos reajustes deberán ser actualizados con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste 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 mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo;

Respecto a los intereses estos serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del CPA y de lo C.A.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante, para tal efecto fíjese como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo 1887 de 2003. **Por secretaría liquidense.**



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Esta decisión debe comunicarse al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Ibagué, dentro del radicado 73001333300320160049800.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito**, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción con anterioridad al 2 de Octubre de 2011 frente al reajuste de la prima de antigüedad y al 8 de abril de 2012 respecto de la inclusión del subsidio familiar al radicado 2016-388, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto el parágrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por desconocer principios Constitucionales, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la pensión de invalidez del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de los oficios N° OFI15-81878 MDNSGDAGPSAP del 13 de Octubre de 2015 y OFI16-27029 MDNSGDAGPSAP del 15 de Abril de 2016 expedidos por la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL y por medio de los cuales se negó el reajuste de la pensión de invalidez conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la correcta liquidación de la prima de antigüedad e inclusión del subsidio familiar, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: DECLARAR de oficio la nulidad parcial de la Resolución No. 1426 del 23 de Mayo de 2011 en lo que respecta el ingreso base de liquidación, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del Derecho, se ordena a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL a reajustar la pensión de invalidez del demandante tomando el sueldo básico y sobre este dar aplicación a lo indicado en el artículo 16 y 30 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de tomar el 95% de dicho valor y al resultado de tal operación se le adiciona el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, el cual también se toma del sueldo básico incrementados, y estos dos valores adicionados conforman el monto de la pensión de invalidez, procediendo así a reajustar la pensión de invalidez del demandante reconocida mediante Resolución No. 1426 del 23 de Mayo de 2011, efectiva a partir del 2 de Octubre de 2011.

Así mismo, incluir dentro de la pensión de invalidez del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro y a partir del 8 de abril de 2012.

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional deberá efectuar los descuentos correspondientes para seguridad social, en los porcentajes establecidos en la ley.

SEXTO: Para el pago de las sumas que se lleguen a adeudar por concepto de esta sentencia, se aplicará la fórmula ya expuesta. Para tal efecto, y como quiera que estamos frente a pagos de tracto sucesivo, la actualización debe realizarse separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia desde el primer reajuste, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una ellas.

SEPTIMO: Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

OCTAVO: Condenar en costas a la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**; para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) Salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquídense las costas.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del numeral 2 del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a la apoderada judicial que ha venido actuando.

DECIMO: Comuníquese la presente decisión al Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué dentro del radicado 73001333300320160049800.

DECIMO PRIMERO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 247 del C.P.A. y de lo C.A.

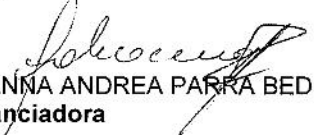
Se termina la audiencia siendo las cuatro y treinta y un minutos de la tarde (4:31 pm) La presente acta se suscribe por quienes intervinieron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del CPACA.


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
Juez


GUISELL PAULINE MENGUAL HERNÁNDEZ
Apoderado parte Demandante


MARTHA XIMENA SIERRA SOSSA
Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional


YEISON RENE SANCHEZ BONILLA
Ministerio Público


JOHANNA ANDREA PARRA BEDOYA
Sustanciadora