



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN N° *11001-3335-012-2017-00022-00*
DEMANDANTE: *JOSE ELOY ACOSTA VELASQUEZ*
DEMANDADO: *NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL*

AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 49 -19

En Bogotá D.C. a los 27 días del mes de febrero de 2019, siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó audiencia pública en la sala No.15 y la declaró abierta con la asistencia de los siguientes.

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: NO ASISTE

PARTE DEMANDANDA: NO ASISTE

No se hizo presente la Representante del Ministerio Público.

PRESENTACION DE LA AUDIENCIA

En audiencia anterior celebrada el 08 febrero de 2019 y ante la ausencia de los apoderados de las partes, el Despacho dispuso dar aplicación al artículo 181 del CPACA para que en el término de 10 días se presentaran alegaciones finales.

En escrito de alegaciones presentado por el apoderado de la entidad demandada señala que al demandante se le concedió pensión de invalidez en el año 1995 equivalente al 100% del sueldo que percibía un cabo segundo, porque solo percibía una bonificación laboral y no un salario.

Establece que el actor tampoco devengaba la prima de actividad por su condición de soldado regular y solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda por cuanto no se probó dentro del proceso que el acto administrativo demandado esté incurso en una de las causales de nulidad legalmente establecidas. (Folios 169 a 172).

Por su parte en las alegaciones finales allegadas por el accionante se dispone que se debe incluir la prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad en el reconocimiento de la pensión de invalidez por el derecho a la igualdad y al principio de favorabilidad.

Aunado a lo anterior determina que al subsistir dos regímenes al momento del reconocimiento de la pensión de invalidez se debe preferir el más favorable o sea el decreto 1211 de 1990.

Una vez allegados los escritos que contienen las alegaciones, el Despacho procede a dictar el correspondiente fallo

DECISION NOTIFICADA EN ESTRADOS

FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si para reconocer y liquidar la pensión de invalidez del accionante se deben aplicar las disposiciones del decreto 1211 de 1990 por principio de favorabilidad en lugar del decreto 094 de 1989.

1. CONSIDERACIONES

1.1 PENSION DE INVALIDEZ

El decreto 2728 de 1968 *"Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares"* en su artículo 4 estableció:

"Artículo 4. A partir de la vigencia del presente decreto el soldado o grumete de las fuerzas militares que sea descuartelado por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades tendrá derecho a que por el tesoro público se le pague una pensión mensual equivalente al sueldo básico que corresponde en todo tiempo a todo cabo segundo o marinero y a las prestaciones unitarias a que se refiere el artículo anterior."

Posteriormente el decreto 094 de 1989 *"Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional"*, dispuso en su artículo 90 la pensión de invalidez del personal de soldados y Grumetes:

"Artículo 90. Pensión de invalidez del personal de soldados y Grumetes. A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de soldados Grumetes de las Fuerzas Militares, adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad sicofísica tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público liquidada así:

- a) El 75% del sueldo básico de un Cabo superior o su equivalente, cuando en índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75 % y no alcance al 95%.*
- b) El 100 % del sueldo básico de un cabo segundo o su equivalente, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica del 75% y no alcance al 95%."*

Por su parte el artículo 158 del decreto 1211 de 1990 *"Por medio del cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"* estableció las partidas computables para que se les liquidara las prestaciones sociales unitarias y periódicas:

“ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- *Sueldo básico.*
 - *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
 - *Prima de antigüedad.*
 - *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
 - *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
 - *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
 - *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
 - *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico*
- PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales” (subrayado fuera del texto).*

1.2 PRIMA DE ACTIVIDAD

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro de las fuerzas militares. Está regulada para el personal de Oficiales, suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

“ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

(...)

“ARTICULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- *Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*
- *Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- *Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*
- *Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).*
- *Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”*

1.3 DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD

En lo referente a la prima de navidad el decreto 1211 de 1990 estableció en su articulado lo siguiente:

“ARTICULO 95. PRIMA DE NAVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público

una prima de Navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.

PARAGRAFO 1o. Cuando los Oficiales o Suboficiales no hubieren servido el año completo, tendrán derecho al reconocimiento de la prima de Navidad a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los últimos haberes devengados.

PARAGRAFO 2o. Cuando el Oficial o el Suboficial se encuentren en comisión mayor de noventa (90) días en el exterior, la prima de Navidad ser pagada de conformidad con las disposiciones vigentes”

2. CASO CONCRETO

2.1 SITUACIÓN FÁCTICA Y PROBATORIA

El señor JOSE ELOY ACOSTA MORENO estuvo vinculado a las Fuerzas Militares como soldado regular, durante 02 años 29 días, desde el 02 de abril de 1993 y hasta el 01 de mayo de 1995 fecha en la cual fue retirado del servicio mediante O.A.P No. 1081 del 30 de abril de 1995 (folio 158).

En acta de junta médica laboral No. 608 del 23 de marzo de 1995 practicada al actor, se determinó que tenía incapacidad absoluta y permanente- NO APTO- que le producía una disminución de la capacidad laboral del noventa y cinco punto cero por ciento (95.0%) y que de acuerdo con el artículo 21 del decreto 94 del 11 de enero de 1989 correspondía dar aplicación al numeral 3-002 literal b índice 19 (folios 147 a 148).

Posteriormente, a través de resolución 7796 de 18 de junio de 1996 se le reconoció pensión de invalidez equivalente al 100% del sueldo básico que percibía un cabo segundo para la época en que fue calificada la lesión, de acuerdo al decreto 94 de 1989 (folio 149 a 150).

El accionante por medio de petición radicada el 17 de abril de 2013 solicitó a la coordinación de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa el pago de la prima de actividad del 49.5% del sueldo básico (folio 4 a 9). La entidad en oficio No. OF113-14137 MDNSGDAGPSAP del 29 de abril de 2013 le contestó que en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, por el cual se incrementa la prima de actividad del personal militar y sus beneficiarios, esta fue reajustada, a quienes la devengaban, a partir de julio de 2007; así como la duodécima parte de la prima de navidad (folio 10 a 15); sin embargo el Despacho observa que esta respuesta es dada de manera colectiva a 194 personas.

Luego, en petición con radicado No. MDN-UGG-EXT14-120580 del 16 de octubre de 2014 solicitó ante la coordinación de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento, inclusión y pago de la prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad en su pensión de invalidez (folio 03); petición que no fue contestada por la entidad.

El accionante pretende en la presente demanda que se declare la nulidad del oficio No. OF113-14137 MDNSGDAGPSAP del 29 de abril de 2013 y la existencia y

nulidad del acto ficto respecto de la petición con radicado No. MDN-UGG-EXT14-120580 del 16 de octubre de 2014.

A título de restablecimiento de derecho solicita el reconocimiento, inclusión y pago de la prima de actividad al 49,5% y de la duodécima parte de la prima de navidad en la pensión de invalidez y que se liquiden con base en el sueldo básico de suboficial en el grado cabo segundo con prescripción cuatrienal desde el 16 de octubre de 2014.

2.2 DECISIÓN

Para resolver el caso se tendrá en cuenta la normatividad que regulaba el otorgamiento de la pensión de invalidez para la fecha en que se determinó la incapacidad del accionante.

El decreto 094 de 1989 estableció dos posibilidades para efectos de determinar el valor de la pensión de invalidez así:

1. Si el índice de la lesión fijado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía equivalía a un valor entre el 75% y el 94,9999%, la pensión debía liquidarse sobre el 75% del salario básico de un Cabo Segundo o su equivalente; y
2. Si el índice de la lesión fijado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía equivalía a un valor igual o superior al 95%, la pensión se liquida sobre el 100,00% del salario básico de un Cabo Segundo o su equivalente.

Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo a lo concluido en la junta médico laboral practicada al accionante, en la que se determinó pérdida de capacidad del 95 %, se le concedió una pensión de invalidez equivalente al 100% del salario básico de un cabo segundo o su equivalente, tal como lo establecía el decreto 094 de 1989.

Sin embargo, el demandante pretende que en lugar de dar aplicación al decreto mencionado, se le tenga en cuenta lo dispuesto en el decreto 1211 de 1990 el cual también estaba vigente para la fecha, con el fin de que se incluya como partidas computables la prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad, en aplicación al principio de favorabilidad y de igualdad.

Al realizar el parangón entre la norma aplicada y la que se pretende dar aplicación, se establece lo siguiente:

REGULACIONES	DECRETO 094 DE 1989	DECRETO 1211 DE 1990
REGIMEN	"Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación	"Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"

	<i>y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”</i>	
<i>ÁMBITO DE APLICACIÓN</i>	<i>Artículo 1º. El presente Decreto regula la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.</i>	<i>ARTICULO 2o. AMBITO DEL ESTATUTO. Por medio de este estatuto se regula la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales.</i>

De acuerdo al cuadro anterior, si bien coexistían los dos regímenes, la pensión de invalidez del actor está regulada por el decreto 094 de 1989 por su calidad de soldado regular.

Es importante señalar que para la fecha de expedición del Decreto 094 de 1989 el soldado regular devengaba en servicio solo una bonificación, según se informa en el oficio 20183172078341 del 25 de octubre de 2018 expedido por el Ministerio de Defensa (folio 165), por lo que al fijársele el reconocimiento de la pensión con el sueldo básico del cabo segundo se le otorga un valor más favorable.

Igualmente debe tenerse en cuenta que el valor de la pensión está intrínsecamente ligado con el monto del salario que devengaba la persona. Es así que el ingreso base de liquidación lo determina expresamente el legislador señalando qué partidas de las devengadas en actividad pueden entrar para liquidar el monto pensional.

En el caso de los oficiales y suboficiales, el artículo 158 del decreto 1211 de 1990, citado en las consideraciones normativas de esta providencia, establece que efectivamente se incluye la prima de actividad y la duodécima parte de la prima de navidad, en un porcentaje que depende del tiempo de servicio o haberes devengados según grado o cargo.

El accionante de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente no devengó en servicio las primas solicitadas (folio 164), razón por la cual no pueden ser factores a tener en cuenta para efectos de liquidar su pensión de invalidez.

Lo aludido no vulnera el principio de favorabilidad pues en el presente caso existe certeza frente a la normatividad que tiene que ser aplicada de acuerdo al rango que ostentaba el actor en servicio:

“El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. Cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”

Tampoco observa el Despacho vulneración del principio de igualdad pues al accionante no se le exigió en actividad la capacitación y responsabilidades de los oficiales o suboficiales, no devengó en actividad las partidas salariales de estos y por lo tanto no hay trato diferenciador odioso al establecer el legislador para efecto de la liquidación de la pensión de invalidez tener en cuenta solo el salario básico del cabo segundo.

Desvirtuada la presunta desigualdad no puede el juez extender la interpretación de la norma pasando de salario básico para la liquidación de la pensión a entender que debe liquidarse la pensión de invalidez en las mismas condiciones que se otorga al cabo segundo, pues ello desbordaría el límite de competencias jurisdiccionales, rompiendo el principio de separación de poderes.

Por las razones expuestas se denegarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado¹, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que de acuerdo a la condición de discapacidad, la capacidad económica de la parte accionante y a los motivos por los cuales se negaron las pretensiones de la demanda, no habrá condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

RESUELVE

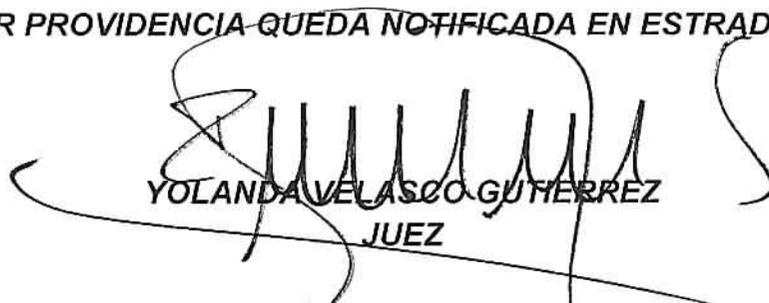
PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

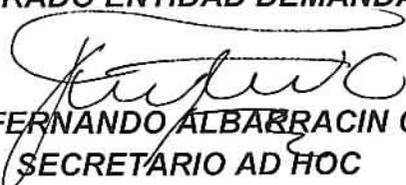
SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos del proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.


YOLANDA VELASCO GUTÉRREZ
JUEZ
NO ASISTE
APODERADO DEMANDANTE

NO ASISTE
APODERADO ENTIDAD DEMANDANDA

MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD HOC