



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE BOGOTÁ

*Sección Segunda*

Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN  
Jueza, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 20 de junio de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO  
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00555-00  
Demandante: RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Tema: Reajuste prima de antigüedad en un 38.5% subsidio familiar  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2 y 4, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

1. Parte demandante: Abogado ÁLVARO RUEDA CELIS identificado con C.C. N° 79.110.245 y T. P. N° 170.560 del C. S. de la J., quien funge como apoderado principal de la parte demandante y se encuentra reconocido como tal a folio 46 vuelto del plenario.

1.2. Entidad demandada Nación- Ministerio de Defensa Nacional: Abogado LUISA XIMENA HERNÁNDEZ PARRA identificada con C.C. N° 52.386.018 y T. P. N° 139.800 del C. S. de la J., como apoderada de la parte demandada. No se ha hecho presente.

1.3. Ministerio Público: Procurador 79-1 para Asuntos Administrativos MARÍA CRISTINA MUÑOZ ARBOLEDA identificada con C.C. N° 52.276.705.

Esta decisión queda notificada en estrado. Sin recurso.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a los apoderados de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

El apoderado de la parte demandante no encontró vicios en el procedimiento.

La apoderada de la parte demandada no se ha hecho presente.

El Ministerio Público. No encontró vicios que invaliden lo actuado.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encontró vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Procedió el Despacho a resolver las excepciones propuestas por la entidad demandada, verificando previamente que de ellas se haya dado traslado conforme al parágrafo 2º, artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, como en efecto ocurrió (fl.90) se observa que no hay pronunciamiento del apoderado de la parte demandante.

El apoderado de la entidad demandada propuso como excepciones las siguientes: i) Caducidad y ii) Prescripción, tal como se observa a folios 79 del expediente.

Resolución de las excepciones:

Respecto de la excepción de *caducidad* la basa la entidad en que la parte actora debió demandar en su momento la resolución a través del cual le fue reconocida la pensión de invalidez, lo cual no realizó, por consiguiente, considera que ocurrió el fenómeno jurídico de caducidad.

Para resolver la excepción propuesta el Despacho considera que, contrario a lo expresado por la entidad, en el presente caso se pretende el reajuste de la pensión de invalidez con la inclusión del porcentaje correspondiente de la prima de antigüedad y el subsidio familiar, es decir que se pretende el reajuste de una prestación periódica como es el caso de la pensión la cual no se encuentra sometida al término de caducidad del medio de control contenido en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Razón por la cual dicha excepción no está llamada a prosperar.

La excepción de prescripción, al tratarse de una excepción mixta, será resuelta con el fondo del asunto, una vez sea establecido si al accionante le asiste o no derecho al reajuste solicitado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

|                                                           |
|-----------------------------------------------------------|
| 4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Artículo 180-7 Ley 1437 de 2011 |
|-----------------------------------------------------------|

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

*Hechos en que están de acuerdo las partes:*

Los hechos en los que están de acuerdo las partes se encuentran demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y no fueron tachados de falsos:

1. Al señor RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA, Soldado Profesional ®, le fue reconocida pensión de invalidez desde el 20 de agosto de 2013, mediante Resolución N°4545 del 26 de noviembre de 2013 expedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en cuantía del 95% del salario mensual (Decreto 1794 de 200 y 4433 de 2004), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (copia simple reposa a folios 17-18 del expediente).
2. El 2 de octubre de 2015, el demandante formuló una petición radicada bajo el consecutivo N°76767 en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL en la que solicitó el reajuste de la pensión de invalidez incluyendo la correcta liquidación de la prima de antigüedad conforme a lo establecido en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad (fotocopia informal reposa a folios 5-9 del expediente).

3. El Ministerio de Defensa Nacional resolvió desfavorablemente la petición del actor mediante Oficio N° OFI15-81875 MDNSGDAGPSAP del 13 de octubre de 2015 -*acto acusado*– manifestando que no resulta procedente reliquidar la prima de antigüedad reconocida en la pensión de invalidez, pues la misma fue liquidada de manera correcta pues correspondió al 38.5% del valor de la prima de antigüedad devengado en actividad, tal como se encuentra contemplado en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004. Le indicó que no resulta procedente incluir el subsidio familiar como partida computable de la pensión de invalidez por cuanto el mismo no se encuentra incluido dentro de las partidas contenidas en el literal 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (fls. 11-12).
4. De la hoja de servicios N° 3-2768102 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 2 de septiembre de 2013 que reposa a folio 15 del expediente se observa que el demandante RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA, ingresó como soldado regular el 17 de junio de 1997 al 30 de diciembre de 1998; paso a soldado voluntario el 8 de enero de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1° de noviembre de 2003 al 20 de agosto de 2013; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 21 de agosto de 2013 al 21 de noviembre de 2013 para un tiempo total de servicios de 16 años, 3 meses y 21 días; en la nómina del mes de julio de 2013 devengó: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y bonificación de orden público (fotocopia reposa a folio 15 del expediente).
5. De la Resolución N°4545 del 26 de noviembre de 2013, a través de la cual la entidad demandada le reconoció al accionante la pensión de invalidez en su calidad de soldado profesional ®, se extrae que tal prestación social fue liquidada tomando en cuenta el 95% del salario mensual más el 38.50% de la prima de antigüedad devengada en actividad (fls. 17-18).

6. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que está de acuerdo con las pruebas y lo expuesto por el Juzgado.

La apoderada de la entidad demandada. No se ha hecho presente.

El Ministerio Público. Se encuentra de acuerdo con lo enunciado por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### *Fijación del litigio*

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su pensión de invalidez se liquide con el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluyendo el subsidio familiar en la misma proporción que percibía cuando se encontraba activo, pese a que el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 no incluyó el mencionado subsidio como partida para liquidar la pensión de los soldados.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Los apoderados de las partes manifiestan que están de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado.

El Ministerio Público. Esta de acuerdo con la fijación del litigio.

Esta decisión queda notificada en estrados.

#### 5. CONCILIACIÓN – Artículo 180-8 Ley 1437 de 2011

Se le pregunta a la apoderada de la entidad demandada si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

En vista que no se ha hecho presente la apoderada de la parte demandada, se declara fallido el intento de conciliación y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### 6. Pruebas – Artículo 181 Ley 1437 de 2011

Pruebas solicitadas por la parte demandante (fl. 41): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas al expediente a folios 4-19, se observa que la parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

Pruebas solicitadas por la entidad demandada (fl. 68): No aportó pruebas con la contestación de la demanda. No se decretan las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda por cuanto las mismas pueden ser aportadas por la entidad que es la que realiza las certificaciones solicitadas, adicionalmente con las pruebas arrimadas se puede tomar una decisión de fondo.

El Despacho considera que no es necesario decretar más pruebas de oficio, pues las obran en el expediente, son suficientes para proferir sentencia de fondo.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### 7. Alegatos de Conclusión – Inciso final, Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y como se enunció no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Despacho procede a escuchar a la parte demandante en alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de la parte demandante: Se ratifica en lo consignado en el escrito de demanda. Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

Alegatos de conclusión de la entidad demandada: Se ratifica en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, solicita que no se condene en costas. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

Alegatos de conclusión del Ministerio Público: Se ratifica en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, solicita que no se condene en costas. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

#### 8. Sentencia – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de las partes y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente:

“SENTENCIA N° 091 de 2018”

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

El señor RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Oficio N° OFI15-81875 del 13 de octubre de 2015, mediante el cual el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL le negó el reajuste de la pensión de invalidez.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a que le reajuste la pensión de invalidez teniendo en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; que le reajuste tal prestación social con la inclusión del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad; que se ordene el pago de la indexación sobre los valores adeudados; el pago de los intereses moratorios de las sumas a pagar a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia; que se ordene a la Entidad demandada el pago de costas procesales (fl. 20-21).

Se plantean en la sentencia los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 y de orden legal las Leyes 131 de 1985, 4ª de 1992, 923 de 2004 y Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Sostiene que la Caja demandada liquida las asignaciones de retiro, incluyendo la partida de subsidio familiar para Oficiales, Suboficiales, Agentes de Policía y personal civil que trabaja en el Ministerio de Defensa y no lo hace para los Soldados Profesionales, que al igual que los anteriores tenía reconocida esta prestación al momento de su retiro.

Argumenta que el tratamiento que la Caja viene realizando en la liquidación de la asignación de retiro lo sustenta en la aplicación de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, que rigen las disposiciones pensionales para los integrantes de la Fuerza Pública, desconociendo que la aplicación de las normas viola los derechos fundamentales.

Considera el apoderado que el Decreto mediante el cual se fijan las partidas que deben computar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales van en contravía del principio constitucional de igualdad por cuanto conlleva tratamiento discriminatorio, porque el subsidio familiar es una prestación que en actividad ganan todos los miembros de la Fuerza Pública

Aduce que la entidad accionada realizó una doble afectación a la prima de antigüedad, pues considera que al liquidar la misma la entidad debió aplicar el 50% a la asignación básica y al valor resultante se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad y no doble descuento como lo hizo la entidad.

Estima que el caso concreto se configuro falsa motivación de acto recurrido, en razón a que para negar las pretensiones del actor el Ministerio demandado hizo una incorrecta interpretación y aplicación del Decreto 4433 de 2004, provocando la nulidad del acto demandado por falsa motivación, por mutación de la verdad e incorrecta interpretación normativa.

Por lo expuesto considera que la entidad demandada ha vulnerado las normas constitucionales y legales, anteriormente transcritas, lo cual se intensifica si se tiene en cuenta que el demandante es un disminuido físico que requiere de una protección reforzada por parte de las entidades estatales, (fls. 22-39).

#### Oposición a la demanda por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 72-80 del expediente. Se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto considera que la pensión de invalidez del actor fue liquidada con base en lo establecido en el Decreto 4433 de 2004, norma aplicable para el caso del actor.

#### Problema jurídico:

Acordado lo anterior, el problema jurídico se concreta en establecer si el señor RUBEN ELIECER ARIZA MENDOZA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su pensión de invalidez reconocida como Soldado Profesional ® se liquide con el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, incluyendo el subsidio familiar en la misma proporción que percibía cuando se encontraba activo.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las alegaciones expuestas en la presente audiencia.

#### NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

##### *2.1 De la Prima de Antigüedad para liquidar la pensión de invalidez*

El artículo 30<sup>1</sup> del Decreto 4433 de 2004, regula el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, entre otros, de los Soldados Profesionales, en el que indica que el porcentaje de la pensión de invalidez se liquida conforme al porcentaje de la

<sup>1</sup> "Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al 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 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, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:

(...) 30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%)."

disminución de la capacidad laboral que padezca el pensionado y este porcentaje se aplica a las partidas computables aplicables para cada caso.

En cuanto a las partidas computables para la pensión de invalidez, el artículo 18<sup>2</sup> del Decreto 4433 de 2004 establece que para los soldados profesionales se deberá tener en cuenta el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 de dicho decreto. Para los soldados profesionales que tuvieran más de once (11) años de servicio, el citado artículo 18<sup>3</sup> estableció que el porcentaje de esa prima será del 38.5%.

Conforme a las normas transcritas, la pensión de invalidez del demandante debió ser liquidada teniendo en cuenta el salario mensual más el 38.5% de la prima de antigüedad, a cuyo resultado se le debió aplicar el 95% que fue el porcentaje de disminución de capacidad laboral.

Así las cosas, se evidencia que la entidad demandada liquidó la pensión de invalidez del actor, conforme a lo contemplado en los artículos 13, 18 y 30 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que tomó el sueldo básico más el 38,5% de la prima de antigüedad y al resultado le aplicó el 95%, como se verifica en la Resolución No.4545 del 26 de noviembre de 2013 que reposa a folios 17-18 del expediente.

El apoderado de la parte demandante considera que la prima de antigüedad se encuentra mal liquidada por cuanto a la misma le fueron realizados dos descuentos y en su parecer debió ser liquidada así:

|                            |                     |
|----------------------------|---------------------|
| Sueldo básico:             | \$ 965.236          |
| 50% del sueldo básico:     | \$ 564.663          |
| 38.5% prima de antigüedad: | \$ 217.395          |
| Subtotal                   | \$ 1'182.631        |
| Valor de la pensión:       | \$1'123.499 (fl.25) |

De la anterior liquidación, observa el Despacho que el apoderado del actor incurre en los siguientes errores:

1. Tomó como sueldo básico la suma de \$965.236, valor que no corresponde al sueldo básico devengado por el actor, pues conforme a la hoja de servicios el sueldo básico del actor correspondía a la suma de \$825.300 (fls.15).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Artículo 18. *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.* Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante

2. Tuvo en cuenta el 50% del sueldo básico y la pensión del actor fue reconocida en un 95%, de acuerdo al porcentaje de la disminución de la capacidad laboral.
3. La pensión del actor debió ser liquidada teniendo en cuenta el salario mensual más el 38.5% de la prima de antigüedad, a cuyo resultado se le debió aplicar el 95% que fue el porcentaje de disminución de capacidad laboral, sin embargo, el demandante al 50% del salario mensual le adicionó el 38.5% de la prima de antigüedad.
4. Realizó la liquidación conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual no es aplicable al presente caso, pues el mismo regula la asignación de retiro de los soldados profesionales y el actor es beneficiario de pensión de invalidez.

En este orden de ideas, se denegará la pretensión relacionada con la prima de antigüedad.

## 2.2 De la reliquidación del subsidio familiar reconocido en la asignación de retiro

Respecto de las partidas computables para reconocer la pensión de retiro de los Oficiales y Suboficiales, en el numeral 13.1, del artículo 13 del Decreto 4433 de 2003, señaló que la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia para el personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares, se liquidarán con las partidas que allí se enuncian, entre otras partidas, “13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”.

Por su parte, en el numeral 13.2 del mismo artículo indicó que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se liquidará sobre las siguientes partidas:

*“... 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto- Ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto. **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.”*

El Consejo de Estado<sup>4</sup> al decidir una acción de tutela frente al subsidio familiar de los Soldados Profesionales, sostuvo que el trato diferenciado que establece el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales pero excluirlo para los Soldados Profesionales, no se encuentra justificado a la luz de la Carta Política y a los postulados del Estado Social de Derecho, pues dicho decreto dejó por fuera de percibir tal beneficio a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales, razón por la cual considero que dicha norma resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad.

<sup>4</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección “B” – C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación AC 11001-03-15-000-2013-01821-00 del 17 de octubre de 2013.

*“(…) En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.*

*Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*

*Así pues, a la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tiene una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera, a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.*

*(…) en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita”.*



Pese a que el Decreto 4433 de 2004 numeral 13.2 no contempla el subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales, por vía de jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013, dentro del expediente 2013 - 1821, demandante: José Marces López Bermúdez, ordenó tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable, sobre todo para este grupo de servidores públicos, por violación al principio Constitucional de la igualdad. En consecuencia, se inaplica por inconstitucional el parágrafo único del artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004 por violar el principio de la igualdad del artículo 13 superior, en cuanto prohibió incluir como partidas computables a la asignación de retiro las primas, auxilios, etc.

Concretamente el Decreto 1794 de 2000<sup>5</sup>, en su artículo 11<sup>6</sup> estableció a favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Sin embargo, dicha preceptiva nada dijo acerca de su inclusión en la asignación mensual de retiro del personal que devengara tal emolumento.

El Presidente de la República en desarrollo de la ley 4<sup>a</sup> de 1992 expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009<sup>7</sup> *"Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones"*. Posteriormente, el Presidente de la República, con base en las atribuciones establecidas en la ley 4 de 1992 y 923 de 2004, expidió los Decretos 1161 del 24 de junio de 2014 y 1162 del 24 de junio de 2014, a través de los cuales reguló el subsidio familiar para los Soldados Profesionales en servicio activo y retirados, respectivamente y ordenó tenerla en cuenta como partida computable para liquidar las pensiones de los soldados.

En cuanto a la forma de calcular las pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004<sup>8</sup>, estableció que la misma debe corresponder al setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 de dicho decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio, tal como sucede en el presente caso.

<sup>5</sup> "Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"

<sup>6</sup> "ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

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

<sup>7</sup> "ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

ARTICULO 2º: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000." (Subraya el Juzgado).

<sup>8</sup> Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Conforme se evidencia de las pruebas aportadas al expediente, al actor le fue reconocida pensión de invalidez a través de la Resolución N° 4545 del 26 de noviembre de 2013 (fls. 17-18), con base en el Decreto 4433 de 2004, en un porcentaje correspondiente al 95% del salario básico y de la prima de antigüedad, partidas computables para los soldados profesionales previstas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, resulta procedente inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad, al no incluir como partida computable en las pensiones de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, pese a que si la incluye para los Oficiales y Suboficiales.

El legislador para eliminar la injusticia existente entre las partidas computables para las pensiones de los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, expidió el Decreto 1162 de 2014, a través del cual reconoció el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales que devengaban tal prestación social en servicio activo, sin embargo, tal Decreto no puede ser aplicado en el presente caso, pues al demandante le fue reconocida la pensión a partir del 20 de agosto de 2013 (fl.18) y el citado Decreto entro en vigencia el 25 de junio de 2014, es decir no se puede aplicar de manera retroactiva.

En consecuencia se debe incluir el subsidio familiar para liquidar la pensión de invalidez al actor, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de retiro, y de acuerdo con el artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004 que contempla la partida de subsidio familiar para otros miembros de la fuerza pública para y que es la norma aplicable para la pensión del actor por analogía, dada la fecha de efectividad de la pensión.

El demandante al retiro del servicio devengaba el subsidio familiar por \$515.812, como se verifica en la Hoja de Servicios visible a folio 15 del expediente, en consecuencia, la entidad demandada deberá incluir como partida computable en la pensión de invalidez del accionante el subsidio familiar por \$490.021, que corresponde al 95% del subsidio familiar devengado en actividad ( $\$515.812 \times 95\% = \$490.021$ ), el cual debe ser sumado a la pensión reconocida al actor desde el año 2013, con la incidencia respectiva en los años subsiguientes.

No hay lugar a aplicar la prescripción, por cuanto no transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (20 de agosto de 2013, fls. 18), hasta la petición formulada ante la entidad (2 de octubre de 2015, fls. 5) ni desde esta hasta la presentación de la demanda (2 de diciembre de 2016, fl. 44).

La suma que deberá pagar el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a la parte demandante como reajuste salarial y prestacional se actualizará de acuerdo con la fórmula utilizada por el Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = RH \times \underline{\text{Índice Final}}$$

### *Índice Inicial*

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 y el índice final es el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

### *Costas y agencias en derecho*

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$1'333.076 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el *Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda*, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del Oficio N° OFI15-81875 del 13 de octubre de 2015, proferido por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a través del cual la entidad le negó a la parte demandante y la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de su pensión de invalidez. Se inaplica por inconstitucional el parágrafo único del artículo 13.2 del Decreto 4433 del 2004, en cuanto no permitió incluir la partida del subsidio familiar como cómputo para liquidar la asignación de retiro, por las razones expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a que reliquide y pague en forma indexada la asignación de retiro del Soldado Profesional ® RUBEN ELIECER ARIZA

MENDOZA, identificado con C.C. 2.768.102, a partir del 20 de agosto de 2013, fecha de efectividad de la pensión, incluyendo como partida computable en la asignación de retiro el subsidio familiar en la forma expuesta en los artículos 13.1 y 15 del Decreto 4433 de 2004 y deberá pagarle en forma indexada la diferencia de las mesadas que resulte entre el reajuste aquí ordenado y lo que se venía pagando, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la entidad a pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la asignación de retiro, de que trata el numeral anterior, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula indicada en la parte motiva de este fallo. Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas y el final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones relacionadas con la prima de antigüedad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

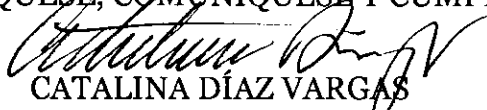
QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de un millón trescientos treinta y tres mil setenta y seis pesos (\$1'333.076), por Secretaría liquídese.

SEXTO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SÉPTIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

  
CATALINA DÍAZ VARGAS  
Juez

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes presentes y las ausentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a los apoderados de las partes si contra la sentencia que se acaba de dictar interponen recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandante: Interpone recurso de apelación, el cual lo sustentara por escrito dentro de los 10 días siguientes a la presente audiencia por escrito.

La apoderada de la entidad demandada. No se hizo presente.

El Ministerio Público. Interpone recurso de apelación, el cual lo sustentara por escrito dentro de los 10 días siguientes a la presente audiencia por escrito.

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el art. 247 de la Ley 1437 de 2011.

#### CONTROL DE LEGALIDAD - ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011.

La Juez. Indaga a los apoderados de las partes para que manifiesten si hasta este momento procesal encuentran algún vicio o nulidad que invalide lo actuado.

La apoderada de la parte demandante. No encontró causales de nulidad que invaliden lo actuado.

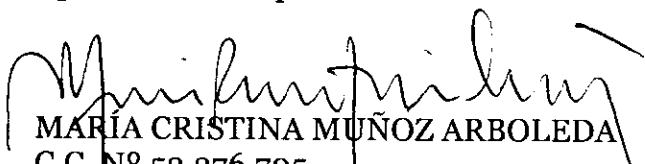
La apoderada de la entidad demandada. No encontró vicios que invaliden la actuación hasta este momento surtida.

El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

Finalmente, el Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f de la Ley 1437 de 2011).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 5:38 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:

  
ALVARO RUEDA CELIS  
C.C. 79.110.245  
T.P. N° 170.560 C.S de la J  
Apoderado de la parte demandante

  
MARÍA CRISTINA MUÑOZ ARBOLEDA  
C.C. N° 52.276.705  
Procurador 79-1 para Asuntos Administrativos

ANGIE ELIZABETH PÉREZ RODRÍGUEZ  
Profesional Universitario del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad.

  
CATALINA DÍAZ VARGAS  
Juez