Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08001333300620170043000
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	**LUÍS EDUARDO CARBONÓ CÁRDENAS**
Demandado	Nación - Ministerio de Defensa Nacional
Juez (a)	**MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO**

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por el señor Luís Eduardo Carbonó Cárdenas contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

II.1.- Pretensiones

La parte actora pretende dentro del presente proceso se declare la nulidad del acto administrativo OFI 8301 de 7 de febrero de 2017, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se denegó la reliquidación de la pensión de invalidez, con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la misma, en el porcentaje que el soldado lo devengó en actividad, y *"negó la reliquidación de la pensión liquidando correctamente la rima de antigüedad en la pensión de invalidez"*.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y título de restablecimiento, peticiona se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a realizar el reajuste de la pensión por invalidez del actor con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad e igualmente reliquidar la pensión de invalidez calculando correctamente la prima de antigüedad.

Solicita que las sumas ordenadas sean indexadas y que sobre las mismas se disponga el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y se condene al pago de costas y agencias procesales.

II.2.- Hechos

En la demanda se da cuenta que el hoy actor inició su carrera militar en el Ejército Nacional, prestando servicio militar obligatorio, incorporándose una vez culminada dicha etapa como soldado voluntario. Asegura que a partir del 1 de noviembre de 2003 por disposición administrativa fue promovido como soldado profesional, y que mediante Resolución No. 0853 de 1 de abril de 2011, se ordenó su retiro como consecuencia de la disminución de la capacidad laboral.

Afirma el demandante que durante el período que estuvo prestando servicio activo, le fue reconocida y pagada una partida del subsidio familiar. Sin embargo en la liquidación de retiro por invalidez no fue computada. De igual forma, precisa que en dicha liquidación el porcentaje de invalidez le es aplicado al valor de la prima de antigüedad, que a su parecer es errado toda vez que genera con ello una afectación que no debe realizar a dicho emolumento.

En razón a lo anterior, manifiesta el demandante que formuló petición radicada el 2 de febrero de 2017, ante el Ministerio de Defensa Nacional solicitando la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de pensión por invalidez en el porcentaje que tenía reconocido y la correcta liquidación de la prima de antigüedad, pedimento que fue desestimado por la entidad demandada a través de Oficio OFI 17-8301 del 7 de febrero de 2017.

II.3.- Fundamentos de derecho y concepto de violación

La parte actora considera que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, el Ministerio de Defensa Nacional ha transgredido la Constitución Política en su preámbulo y en los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58, desconociendo igualmente lo contemplado en la Ley 4 de 1992, los Decretos 1793,1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

Señala el demandante, que el Ministerio de Defensa Nacional al denegarle el derecho de incluir en su asignación de retiro la partida subsidio militar, está vulnerando los principios fundamentales propios de un Estado Social de Derecho, como es la protección de los derechos económicos, así como el derecho a la igualdad y a la familia. Afirma que el tratamiento desigual que se viene realizando en la liquidación de las asignaciones de retiro afecta derechos fundamentales, por lo que en su sentir las normas invocadas deben ser inaplicadas, puesto no entiende como para los Oficiales, Suboficiales, Agentes de Policía y Civiles que prestan sus servicios al Ministerio de Defensa se les tiene en cuenta la partida de subsidio familiar, pero no así respecto de los soldados profesionales.

Presenta como cargos de violación la supremacía de la Constitución, violación a los derechos fundamentales de igualdad, y protección a la familia.

Frente a la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro, en lo que toca a la prima de antigüedad, manifiesta que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señala claramente como liquidar dicha prima, no obstante al ser un caso de retiro por invalidez el Ministerio de Defensa viene liquidando de manera errada la misma.

Finalmente indica que el acto administrativo cuya nulidad se pretende contiene una falsa motivación, toda vez que los supuestos fácticos y jurídicos que sirven de fundamento a la administración, en este caso no obedece a lo reglado en la norma legal y constitucional.

Parte demandada

La Nación- Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de apoderado judicial, se opone a todas y a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda, teniendo en cuenta que la entidad demandada ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso en concreto y el acto acusado fue expedido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, por tanto goza de la presunción de legalidad, sin que se vislumbre la configuración de alguna de las causales de nulidad señaladas en la ley.

Así mismo, solicita no acceder a la pretensiones invocando el principio de sostenibilidad presupuestal consagrado en el Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que debe existir una congruencia entre los aportes y cotizaciones, de lo contrario existiría una transgresión al principio de solidaridad en materia de seguridad social.

III. ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2017, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso, siendo admitida mediante auto de 5 de marzo de 2018, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

La entidad demandada contestó demanda dentro del término otorgado para ello; presentando excepciones de fondo, las cuales una vez vencido el término otorgado para ello, se dio traslado[1] de las excepciones presentadas. Fenecido el plazo de la fijación en lista, se celebró audiencia inicial[2], en la cual se declaró precluido el periodo probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos dentro de los (10) días siguientes.

[1] Fl. 107 del expediente
[2] Acta de 29 de enero de 2019, folio 117 del expediente

Alegaciones

Como alegato el apoderado del actor, manifiesta que reitera los planteamientos expuestos en la demanda y presenta como sustento providencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 2015 radicación 11001-03-15-000-2015-00380-00, en la cual se señaló que el subsidio familiar tiene como finalidad contribuir con el sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador y resulta violatorio del derecho a la igualadad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldado profesionales y si en la de los oficiales y suboficiales. Posición jurisprudencial a partir de la cual infiere que es acertado inaplicar –por inconstitucional- el artículo 13 de Decreto 4433 de 2004.

Frente a la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro en lo que toca a la prima antigüedad, señala además de lo expuesto en el libelo de la demanda, que de conformidad con lo considerado en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual incrementado en un 60% adicionando con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje este último que se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Por su parte la apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa, cita la normatividad que sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo demandado y concluye que el señor Luís Eduardo Carbonó Cárdenas, ostentaba la calidad de soldado profesional y no puede ser beneficiario de la inclusión del subsidio familiar en su pensión de invalidez, por lo tanto no hay lugar a una reliquidación de dicha prestación.

De otro lado, se advierte que la Procuradora Judicial delegada para este Despacho no rindió concepto alguno.

IV.- CONSIDERACIONES

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

IV.1.- Problema Jurídico

Se concreta este asunto en determinar si en la expedición del Oficio OFI 17-8301 de 7 de febrero de 2017, suscrito por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, a través del cual se denegó la reliquidación con la inclusión de subsidio familiar como partida computable de la misma y la liquidación en debida forma de la prima de

antigüedad, solicitadas por el actor, se incurrió en vulneración de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, así como en falsa motivación.

IV.2.- Tesis

Para este Despacho, de conformidad con el pronunciamiento reiterado por el Consejo de Estado, la liquidación de la prima antigüedad no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, para esta Agencia Judicial lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es contrario a lo consagrado en la Constitución Política en su artículo 13, y por tanto resulta procedente inaplicar de manera parcial la citada disposición normativa.

IV.3.- Marco Normativo Y Jurisprudencial

Régimen Salarial para el Personal de Soldados Profesionales y la Asignación de Retiro

En cuanto a este tópico, se tiene que el Gobierno Nacional expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante Decreto Reglamentario 1794 de 2000 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios. Dice la norma:

> *"**ARTÍCULO 1**. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*Subraya la Sala).
>
> ***ARTÍCULO 2.** Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.*

Se tiene entonces que los soldados profesionales devengan por su servicio prestado, la asignación salarial mensual equivalente a un (1) salario mínimo legal vigente incrementado

en un 40% del mismo valor y una prima de antigüedad correspondiente al 6.5% de la asignación básica desde el primer año, incrementándose por el mismo porcentaje sin exceder del 58.5%, es decir, que la liquidación de dicha prima al momento del retiro dependerá del tiempo de servicio prestado. Es dable precisar que sobre estos montos son realizadas las cotizaciones a seguridad social por parte del soldado.

En tal sentido, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció las partidas computables que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, el cual contempla:

> "***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:*
> *13.1* ***Oficiales y Suboficiales:***
> *13.1.1 Sueldo básico.*
> *13.1.2 Prima de actividad.*
> *13.1.3 Prima de antigüedad.*
> *13.1.4 Prima de estado mayor.*
> *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.*
> *13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
> *13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*
> *13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*
>
> *13.2* ***Soldados Profesionales:***
> *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.*

Así mismo, el artículo 16 ibídem, precisa:

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

La asignación de retiro de los soldados profesionales está integrada por el salario básico adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad o del porcentaje indicado de acuerdo al tiempo de servicio.

Precisión jurisprudencial sobre la liquidación de la prima de antigüedad

Frente a la aplicación o interpretación del precitado artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia ha señalado[3]:

> *"Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta Corporación[4] señaló:*
>
> *<< [...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.*
>
> *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.*
>
> *Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación.*
>
> *En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.*
>
> *Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto".*

---

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Sentencia de 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación 18001-23-33-000-2013-00218-01(3337-14).
[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

CASO CONCRETO

Hechos Probados

-. Que el señor Luís Eduardo Carbonó Cárdenas prestó sus servicios como soldado desde el 11 de enero de 2002 hasta el 30 de octubre de 2010, como se observa en la liquidación de servicio No. 3-8486372 de 09 de noviembre de 2010 (fl. 92).

-. Que mediante Resolución 0853 de 1 de abril de 2011, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, se reconoció y ordenó el pago una pensión mensual de invalidez a favor del hoy actor, efectiva a partir del 30 de octubre de 2010. (fls. 35-36)

-. Que de conformidad con lo señalado en la precitada resolución, la cuantía del valor de pensión mensual de invalidez equivale al 85% de las siguientes partidas: salario mensual y prima de antigüedad (26%) para un total de $772.191.oo

-. Que mediante petición radicada el 02 de febrero de 2017, el hoy demandante solicitó reliquidación de su pensión de vejez con inclusión del subsidio familiar como partida computable, así como la reliquidación de la prestación en comento en lo que corresponde al cálculo de la prima de antigüedad, pedimentos que fueron desestimados por la Administración mediante Oficio OFI 17-7731 de 7 de febrero de 2017, expedido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa.

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Con fundamento en las normas y jurisprudencia previamente expuestas, el Despacho advierte que confrontado el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación[5] de la asignación de retiro del demandante, puede observarse una indebida aplicación de las normas que regulan las asignaciones de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Es decir, que para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales desvinculados del servicio, en este caso por invalidez, debe tenerse en cuenta el valor señalado por su nivel de incapacidad, que para el caso concreto resulta ser el 85% del salario mensual, adicionado con el 26%, porcentaje último que debe obtenerse partir del valor del ciento por ciento de la asignación mensual básica devengada por el soldado en el momento del retiro. Para precisar aún más, primero se determina el 85% del sueldo básico,

[5] Resolución No. 0853 de 1 de abril de 2011- folio 35-36

de conformidad con lo señalado en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004[6] y el 26% de la prima de antigüedad frente a la totalidad del sueldo básico y la sumatoria de esas dos cifras arroja como resultado el valor de la asignación.

Lo anterior, si se tiene en cuenta, en palabras del Consejo de Estado[7] "*que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual*", es decir, en el *sub-iudice* la entidad demandada realiza la doble afectación al sumar el salario básico con la prima de antigüedad, y al resultado deducirle el 85%.

En consecuencia, para esta agencia judicial resulta ser procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro por invalidez del demandante, toda vez que la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 85% del salario mensual, adicionado con el veintiséis por ciento (26%) de la prima de antigüedad.

Subsidio Familiar

Sobre la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del accionante, se advierte que la norma citada en el marco jurídico de esta providencia prescribe que las partidas computables para la asignación de retiro de soldados son el salario mensual más la prima de antigüedad, en consecuencia el acto administrativo demandado resulta motivado de acuerdo a las normas vigente. No obstante, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redunda en una flagrante violación del principio de igualdad[8]. Lo anterior, con fundamento en lo estipulado en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala que "*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*", así como lo consagrado en el artículo 53 ibídem, que dispone

---

[6] Artículo 30 **Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez.** Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y 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: 30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%). 30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%). 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%).

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Sentencia de 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación 18001-23-33-000-2013-00218-01(3337-14).

[8] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

que, en materia laboral, el Congreso de la República debe legislar con observancia de los principios mínimos fundamentales, como el de igualdad de oportunidades para los trabajadores[9].

En reciente sentencia la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado[10], destacó:

> *"Esta Corporación[11] al momento de valorar la desigualdad normativa del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que únicamente en las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar se incluye como partida computable el subsidio familiar, ha concluido que no existe justificación alguna para excluirlo como factor para las asignaciones de retiro del personal con menor rango.*
>
> *En ese mismo sentido, para esta Subsección, es evidente que si bien es una actuación legítima del legislador excluir o incluir factores salariales en las asignaciones de retiro de forma desigual para personal con distinto rango en el escalafón, resulta injustificado y por lo mismo discriminatorio excluir en una asignación de retiro del personal con menor ingreso, un factor (subsidio familiar) cuya naturaleza puede estar más vinculada a este sector menos favorecido, para incluirlo en las asignaciones de retiro del personal con mayor ingreso, que si bien reciben ese subsidio, gozan con mayor capacidad económica no solo para sufragar sus gastos familiares, sino para generar algún ahorro para su futuro.*
>
> *Por lo tanto, en el sub examine, tal como lo sostuvo el tribunal de instancia, la inclusión del referido factor en la asignación de retiro del soldado profesional está condicionado a que la entidad verifique que el demandante hubiese percibido el subsidio familiar, bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000"*

Del anterior aparte jurisprudencial, subraya el Despacho que se debe dar aplicación del principio de igualdad, en lo concerniente a la liquidación de la asignación de retiro, pues el operador jurídico debe dar para cada caso concreto el mismo tratamiento a los Soldados Profesionales que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Precisando más sobre el tema, es dable para el Juzgado de conformidad con los argumentos expuestos en citadas sentencias del Consejo de Estado[12], traer los apartes referidos por dicha Corporación en sentencia del 17 de octubre de 2013, dictada por la Sección Segunda, en la que sobre el particular, se expuso:

> *"[...]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 en los Soldados Profesionales sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.*

---

[9] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Sentencia de 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación 18001-23-33-000-2013-00218-01(3337-14).

[11] Consejo de Estado, Sección Segunda, fallo de tutela del 24 de febrero de 2015, Expediente No. 2014-04420-00 (AC) M.P. Gustavo Gómez Aranguren, entre otros fallos de tutela.

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Sentencia de 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación 18001-23-33-000-2013-00218-01(3337-14).

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 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 las Fuerza Pública que tienen 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 esas ciondiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, 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. [...]"

En ese entendido y siendo el presente caso similar fáctica y jurídicamente a los casos juzgados en las sentencias invocadas previamente, para esta agencia judicial en concordancia con lo expuesto, lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es contrario a lo consagrado en la Constitución Política en su artículo 13, razón por la cual se infiere que el actor en su condición de ex soldado profesional tiene derecho a dicho reconocimiento, máxime, si en la liquidación de servicio No. 38486372, visible a folio 92 del expediente, se indica que el subsidio familiar hacia parte de su asignación mensual, por lo que corresponde a este Juzgado inaplicar de manera parcial el citado artículo.

Así las cosas se declarará la nulidad del Oficio OFI 17-8301 del 7 de febrero de 2017 expedido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, y se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro, en la cual se deberá realizar el ajuste de la prima de antigüedad en debida forma y se deberá incluir como partida computable el subsidio familiar.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional 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.

PRESCRIPCIÓN

Frente al fenómeno de la prescripción cuatrienal[13], el Despacho observa que entre la fecha a partir de la cual se hizo efectiva la asignación de retiro, esto es, 30 de octubre de 2010, y aquella en que se radicó la petición, 2 de febrero de 2017, transcurrieron más de cuatro años, superando el plazo establecido en el Decreto 1211 de 1990, artículo 174, motivo por el cual los valores generados con la presente decisión se encuentran prescritos desde el 30 de octubre de 2010 hasta el 1 de febrero de 2013.

.- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, además que la causación de las mismas no aparece demostrada en el presente proceso.

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

V.- FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones de fondo denominadas presunción de legalidad del acto acusado, carencia del derecho del demandante, cobro de lo no debido y buena fe, propuestas por la parte demandada, en atención a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del Oficio OFI17-8301 de 7 de febrero de 2017, proferido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, a través del cual se denegó al actor la reliquidación de su pensión de invalidez teniendo en cuenta como partida computable el subsidio familia, y además se desestimó su petición de reajuste de la prima de antigüedad, de conformidad con las motivas anotadas.

[13] El derecho se deriva del Decreto 1211 de 1990, artículo 174, razón por la cual aplica este fenómeno prescriptivo.

TERCERO: A título de restablecimiento, **CONDÉNESE** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, al reajuste de la prima de antigüedad en los términos precisados en la presente providencia.

CUARTO: **INAPLICAR** parcialmente el artículo 13 del Decreto 2233 de 2004 y como consecuencia inclúyase como partida computable en la asignación de retiro de invalidez el subsidio familiar devengado en actividad por el señor Luís Eduardo Carbonó Cárdenas.

CUARTO: DECLÁRESE la prescripción de los valores resultantes en la presente condena correspondientes al período comprendido desde el 30 de octubre de 2010 a 01 de febrero de 2013.

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

SEXTO: Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 192 a 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIANA DE JESÚS BERMÍDEZ CAMARGO
Jueza

KS