



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
ACTA No. 133 de 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Proceso: 110013335-017-2017-00032-00
Demandante: Wilmer A. Vargas Sánchez
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional
Tema: Reajuste del factor de subsidio familiar, en la pensión de invalidez de los soldados profesionales.

En Bogotá D.C., a los 31 días del mes de agosto de 2018, siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (8:30 a.m.), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Wilmer A Vargas Sánchez** con radicado 110013335017-2017-00032-00 contra la **Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional**.

I. PRELIMINARES

PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderado del demandante: DAVID CAICEDO PADILLA identificado con la cédula de ciudadanía 78.688.058 de Montería y Tarjeta Profesional No 160.639 del C.S.J., autoriza notificaciones al correo electrónico: davicaicedo@hotmail.com

Apoderada del MINISTERIO DE DEFENSA: El Despacho deja constancia de la inasistencia de la doctor GLORIA MILENA DURÁN VILLAR, identificada con la cédula de ciudadanía 37.897.514 de San Gil y T.P. 176.646 del C.S.J., y se acepta la excusa presentada previamente.

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Publico.

Se adopta mediante **auto de sustanciación No. 309** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

SANEAMIENTO

El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse hasta esta etapa procesal.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 949** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

EXCEPCIONES

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, Ministerio de Defensa propuso las excepciones de **i) Indebido agotamiento del requisito de procedibilidad** y **(ii) Prescripción**.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se resolverá una vez se decida el mérito de las pretensiones.

Sobre el Indebido Agotamiento del requisito de procedibilidad.

Consideró que el demandante no agotó el requisito de procedibilidad respecto al reconocimiento y pago de la prima de navidad y más aún no se dio poder para realizar la respectiva reclamación.

Corrido el traslado de la excepción, la parte actora guardó silencio.

Advierte el Despacho, que el artículo 161 del CPACA señala:

« [...] Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. [...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. [...]

De la lectura del anterior articulado, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, por lo que se constituye en un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, el previo agotamiento del procedimiento administrativo, dentro del cual se encuentran los recursos que tengan el carácter de obligatorios conforme a la ley.

Al respecto, se indica que la vía gubernativa o actuación administrativa (en términos de la Ley 1437 de 2011) comprende el conjunto de actuaciones que el administrado, afectado con un acto de carácter particular, debe cumplir ante la administración previo a acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Luego entonces, es viable colegir que aquella tiene dos connotaciones, la primera, como una prerrogativa en favor de la administración, en tanto se le otorga la oportunidad, como consecuencia de los recursos y las peticiones radicadas, de enmendar sus propios errores; la segunda, como un beneficio para el individuo que presenta las solicitudes, pues de recibir una respuesta favorable no tendría que verse inmerso en un proceso judicial¹.

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección Segunda- Subsección- CP William Hernández Gómez, sentencia del 12 de abril de dos mil 2018), radicación 11001-03-25-000-2013-00831-00(1699-13).

Agotada actuación administrativa en los términos del artículo 161 del CPACA, es procedente la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto es un presupuesto procesal necesario para interponerla².

Ahora bien, la jurisprudencia³ ha señalado que en sede judicial no pueden cambiarse de forma sustancial o agregarse nuevas peticiones a las expuestas ante la administración, precisamente porque en la vía administrativa es donde se le solicita a la entidad una decisión sobre una pretensión específica y en tal virtud, la administración sólo tiene la oportunidad de pronunciarse respecto de las que le formulan.

Así, debe existir congruencia entre lo pedido en sede administrativa y lo que se solicita en la demanda, lo contrario desconocería la naturaleza y el objeto mismo del agotamiento de la vía gubernativa⁴.

Conforme con lo anterior, se observa que mediante petición del 4 de marzo de 2016, la parte actora solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación y el reajuste de su pensión de invalidez con inclusión del Subsidio Familiar, a lo cual la entidad negó lo solicitado mediante el oficio No. OFI16-17323 MDNSGDAGPSAP del 11 de marzo de 2016, sobre el cual no procedía recurso alguno.

Por su parte, en el libelo demandatorio la parte actora solicita la reliquidación y reajuste de su pensión de invalidez con inclusión del Subsidio Familiar y **la Prima de Navidad**, siendo esta última que no fue solicitada ni fue objeto de discusión en sede administrativa, negando la posibilidad que la administración resolviera de manera favorable o desfavorable la inclusión de la misma.

Adicional a lo anterior, se observa que en el poder obrante a folio 1 del expediente, se encuentra acreditado que el apoderado del actor está facultado exclusivamente para demandar la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, sin hacer mención alguna a la inclusión de la prima de navidad.

Por lo anterior, el Despacho dispone declarar la excepción de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad frente a la inclusión de la prima de navidad.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 950** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

²Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00141-00(0480-11). Actor: Jacqueline Becerra Becerra. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Ver también sentencia. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación: 15001-23-31-000-2010-01560-01(19713). Actor: Corporación Niños Cantores. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 27 de abril de 2016. Radicado: 680012331000200900603 01 (4575-2014) Actor: Raúl Archila Pérez. Demandado: Municipio de Cimitarra, Santander.

Véase también Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación: 25000232500020040024701 (1886-2012). Actor: Jose Agustín Mora Torres. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aero, Náutica Civil, UAEAC, y como litisconsorte necesario AVIANCA SA.

Sección Cuarta. Auto del 3 de septiembre de 2015. Radicado: 13001233300020120010201 (20137). Demandante: Víctor Eduardo Turizo Rainel Demandado: UEA DIAN.

⁴ Sección Segunda, Subsección B, número interno: 0880-10 y Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicado: 25000-23-25-000-2004-00247-01 (1886-12). Actor: José Agustín Mora Torres. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, UAEAC, y como Litisconsorte Necesario Avianca S.A.

El Ministerio de Defensa Nacional en la contestación aceptó como ciertos los hechos 1°, 2°, 5°, 6°, 7°, 9° y 10°. No es cierto el 8°, no es un hecho el 3° y no le consta el 4°.

Los demás hechos deberán ser sometidos al debate probatorio.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo N° OFI16-17323 MDNSGDAGPSAP del 11 de marzo de 2016.
2. Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar la pensión de invalidez con inclusión del Subsidio Familiar.
3. Se ordene el pago de las diferencias salariales de las mesadas debidamente indexadas, aplicando la prescripción cuatrienal.

NORMAS VIOLADAS, el demandante invocó los artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53 de la Constitución Política, artículo 10 de la Ley 4 del 1992, Ley 1331 de 1985 y Decreto 4433 de 2004.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN: El demandante indicó que al no incluir en su pensión de invalidez el factor de subsidio familiar, la entidad demandada está vulnerando su derecho a la igualdad y a la familia como núcleo esencial de la sociedad, frente a otros funcionarios de la Fuerza Pública, cuando el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 4433 de 2004, incluye en su artículo 13 el subsidio familiar dentro de las partidas computables para efectos de liquidar las prestaciones, para los oficiales y suboficiales, excluyendo a los soldados profesionales.

Menciona que la entidad demandada, además del principio de igualdad, vulnero el principio de equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad al no dar aplicación a la Ley 923 de 2004 que estableció el respeto por los derechos adquiridos y dispuso que se conservaran y respetaran todas las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expiden en desarrollo del sistema. Por último, citó la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida el 29 de enero de 2009, en la cual además de determinar que no existe caducidad para la reclamación de la partida de Subsidio Familiar, también señaló que dicha partida es absolutamente obligatoria su cancelación a favor los hijos de los militares (f 23-29).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado la entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en razón a que al Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento del Subsidio Familiar, ya que el Decreto 3770 de 2009 derogo dicha partida desde el 30 de septiembre de 2009. Adicionalmente, indica que el oficio que resolvió la solicitud de reconocimiento del Subsidio Familiar es legítimo dado que se profirió en cumplimiento de las normas legales que regulan la materia, esto es, los Decretos 1794 de 200 y 3770 de 2009 (f 48-52).

FIJACIÓN DEL LITIGIO

En esta oportunidad corresponde establecer si el demandante tiene derecho a que se reliquide y reajuste su **pensión de invalidez** con inclusión en el IBL del Subsidio Familiar en el mismo porcentaje percibido al momento del retiro por considerarse que es inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a pesar que el mismo excluyó su inclusión para los soldados profesionales.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 951** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (00.21.41)

El Despacho declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal dada la inasistencia de la entidad demandada y ordena continuar con la actuación.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 952** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

IV. MEDIDAS CAUTELARES (00.21.41)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 953** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

V. DECRETO DE PRUEBAS (00.24.32)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

A. Parte demandante:

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda dentro de los cuales se encuentran:

- Hoja de servicios de la demandante (f 2)
- Escritura de Pública de la Unión Marital de hecho (f 3).
- Acta de Junta Medica Laboral de 31 de agosto de 2011 (f 4-6)
- Resolución No. 7752 de 12 de octubre de 2012, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de invalidez del demandante (f 6-7).
- Petición del 4 de marzo de 2016, por medio del cual se solicita la reliquidación, reajuste y pago de la pensión de invalidez con inclusión del factor de subsidio familiar (8-9).
- Oficio No. OFI16-17323 MDNSGDAGPSA de 11 de marzo de 2016, por medio niega la inclusión del Subsidio Familiar en la pensión de invalidez del demandante (f 10).

- Resolución No. GNR 40543 de 5 de febrero de 2016, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de invalidez de la accionante (f 26-35).
- Certificación de salarios devengados por el demandante (f 12-15).

B. Parte demandada

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la demanda los cuales son:

- Expediente administrativo del demandante (f 65-75)

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No.954 y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (00.31.52)

Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, SE PRESCINDE DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS y se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus ALEGATOS CONCLUSIVOS en un término máximo de 10 minutos de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011.

La presente decisión se adopta mediante Auto Interlocutorio No. 955 y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA. SIN RECURSOS

INTERVENCIONES

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda y expone jurisprudencia al respecto, tal como queda plasmado en el audio.

PARTE DEMANDADA: Manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, tal como queda plasmado en el audio.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

VII. SENTENCIA 135 (00.47.56)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

TESIS DEL DEMANDANTE

Señala que la entidad demandada vulnera el principio de igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad al no dar aplicación a la Ley 923 de 2004 que estableció el respeto por los derechos adquiridos y dispuso que se conservaran y respetaran todas las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expiden en desarrollo del sistema.

TESIS DE LA DEMANDADA

La entidad accionada indica que negó el reconocimiento del Subsidio Familiar, en razón a que el Decreto 3770 de 2009 derogo dicha partida desde el 30 de septiembre de 2009. Adicionalmente, indica que el oficio que resolvió la solicitud de reconocimiento del Subsidio Familiar es legítimo dado que se profirió en cumplimiento de las normas legales que regulan la materia, esto es, los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No. OFI16-17323 MDNSGDAGPSAP del 11 de marzo de 2016**, mediante el cual, el Comando del Ejército Nacional negó la petición de la reliquidación de la pensión de invalidez con inclusión del Subsidio Familiar.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde en este asunto determinar si el demandante tiene derecho a que se reliquide y reajuste su **pensión de invalidez** con inclusión en el IBL del Subsidio Familiar en el mismo porcentaje percibido al momento del retiro por considerarse que es inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a pesar que el mismo excluyó su inclusión para los soldados profesionales.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO. (00.50.02)

En el presente caso, atendiendo al deber que le impone el artículo 4° de la Constitución Política, el artículo 103 y el inciso 2 del artículo 148 del CPACA, y por respeto al principio constitucional de igualdad, el Despacho inaplicará el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que excluyó el Subsidio Familiar como partida computable en la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia en los cargos de soldado profesional, y en su lugar se ordenara incluir dicha partida en el mismo porcentaje que hubiese percibido a la fecha del retiro, aplicando por analogía la fórmula determinada para liquidar las asignaciones de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los oficiales y suboficiales en el artículo 13 numeral 13.1.7 Decreto 4433 de 2004.

El Subsidio Familiar como partida computable para los soldados profesionales (00.51.54)

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, determinó que los soldados profesionales, casados o con unión marital de hecho vigente, tendrían derecho al reconocimiento del subsidio familiar mensual equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad⁵.

Posteriormente, el Presidente de la República en desarrollo de la ley 4ª de 1992 expidió el Decreto 3770 de 2009, por el cual derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000⁶.

⁵ Decreto 1794 de 2000 "Artículo 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."

⁶ Ibidem "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,

Es decir, que mediante la expedición del Decreto 3770 de 2009, el Gobierno Nacional eliminó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales. Sin embargo, la misma norma contempló un régimen de transición para que, quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto, esto es 30 de septiembre de 2009, se encontraban percibiendo dicha prestación, continuaran devengándola hasta su retiro del servicio.

Ahora bien, en relación con las partidas básicas computables determinadas para la liquidación de la asignación de retiro, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁷ señaló que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serían computables para la liquidación de asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, es decir, corroboró que para efectos de liquidar este tipo de prestaciones se tendrían en cuenta únicamente las partidas señaladas, con lo cual no quedó duda que el legislador excluyó dicha partida de los factores para liquidar la asignación de retiro.

Así las cosas, es evidente que la citada disposición estableció un trato diferencial para el personal de soldados profesionales, sin justificación razonable alguna, en contravía de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, que señaló al Gobierno Nacional los objetivos y criterios a tener en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, incluyendo entre ellos la igualdad, el respeto por los derechos adquiridos y la no discriminación por razón de categoría o jerarquía.

No obstante, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1162 de 2014⁸, mediante el cual se incorporó la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro y la pensión de invalidez para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a partir del 1º de julio de 2014, pero solamente en un porcentaje del 30% del valor devengado por este concepto en actividad⁹.

De la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014

En este asunto debe tenerse en cuenta que la finalidad del subsidio familiar es la de ayudar al sostenimiento del grupo familiar en los cargos de menores ingresos, por lo que no resulta entendible que este se haya incluido como partida en cargos que se encuentran

continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.// PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase 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".

⁷ Decreto 3770 de 2009 "**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 del Decreto-ley 1794 de 2000. // 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 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 (...)".

⁸ "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares".

⁹ Decreto 1162 de 2014, "ART. 1º—A partir de julio de 2014, para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan".

en un rango salarial más alto, excluyendo de dicho beneficio a los soldados profesionales, quienes devengan un salario inferior.

Si bien es cierto, el Decreto 1162 de 2014 incluyó dicha partida en la asignación de retiro de los soldados profesionales, no es menos cierto que lo hizo solamente en el 30% de lo devengado en actividad, con lo que también incluye un trato diferenciado con los oficiales y suboficiales a quienes se les reconoce dicha partida en el porcentaje devengado en actividad.

Al respecto, el H. Consejo de Estado de manera pacífica ha establecido que en atención al principio de igualdad, no es justificable que los soldados profesionales estuvieran en una condición de desigualdad frente a las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar, es así que la Sección Segunda de dicha Corporación en sentencia del 10 de mayo de 2018, con ponencia del doctor William Hernández Gómez, reitero:

“En reiterada jurisprudencia constitucional¹⁰ se ha dicho que el legislador fundado en el principio democrático goza de una amplia facultad legislativa, y que por lo mismo, las consecuencias normativas producto de su ejercicio cuentan con la presunción de constitucionalidad.

Sin embargo, al momento de aplicar la regulación legal a casos concretos pueden resultar injustificadas o discriminatorias, caso en el cual es procedente aplicar el control difuso de la excepción de inconstitucionalidad.

Para ese efecto, la Corte Constitucional ha creado la doctrina del test intermedio de igualdad sobre preceptos normativos que en términos suyos se aplica cuando: “existe un indicio de arbitrariedad” o cuando puede ser “potencialmente discriminatoria”.

Pues bien, esta Corporación¹¹ 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.”

Por tanto, este Despacho atenderá al deber que le impone el artículo 4° de la Constitución Política, el artículo 103 y el inciso 2 del artículo 148 del CPACA, y por respeto al principio constitucional de igualdad inaplicará el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de

¹⁰ C-104/2016, C-015/2014, entre otras.

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.

2004, que excluyó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia en los cargos de soldado profesional.

Caso concreto (01.01.00)

Se encuentra probado que el SP (r) Wilmer Antonio Vargas Sánchez prestó sus servicios a las Fuerzas Militares - Ejército Nacional, primero como **soldado regular** del 18 de marzo de 1998 hasta 25 de septiembre de 1999, luego como **soldado voluntario** del 26 de septiembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003 y, finalmente, como **soldado profesional** del 1º de noviembre de 2003 hasta el 30 de junio de 2012, cuando se dio su retiro definitivo del servicio por haberse reconocido la pensión de invalidez (f. 69 vto del expediente).

A folio 2, obra la hoja de servicios correspondiente al demandante, en la que se puede establecer que devengaba el subsidio familiar en actividad aplicando la siguiente fórmula: 4% (Salario Básico Mensual + 58.50% Prima de Antigüedad Mensual), conforme con lo ordenado en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 3770 de 2009.

En tal virtud, el actor solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la reliquidación de su pensión de invalidez para que se le incluyera el Subsidio Familiar, a lo cual la entidad negó lo pretendido mediante el Oficio No. OFI16-17323 MDNSGDAGPSAP del 11 de marzo de 2016.

De acuerdo con lo anterior se demuestra claramente que el demandante, se incorporó al nuevo Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Por su parte, en torno a la forma como fue liquidada la pensión de invalidez del SP (r) Wilmer Antonio Vargas Sánchez, precisó la entidad demandada, en la Resolución 7752 de 12 de octubre de 2012 obrante a folio 72 vto, que fue de la siguiente manera:

Salario básico:	\$793.380
Prima de antigüedad 38.5%:	\$178.689
Subtotal:	\$972.079
Porcentaje de liquidación 75%:	
Total de la pensión de invalidez	\$729.052

Es así, que respecto a la inclusión del **subsidio familiar** como partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez del aquí demandante, considera el Despacho que es procedente su inclusión como partida computable en la pensión del actor, inaplicando por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta la reseña jurisprudencial expuesta.

Así, se concluye que, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, el acto administrativo demandado, se encuentran afectado de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar sobre los aspectos ya indicados, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, que efectúe la reliquidación de la pensión de invalidez del demandante con inclusión del subsidio familiar como partida computable. En cuanto al porcentaje a tener en cuenta para liquidar dicha partida, deberá ser equivalente al que hubiere tenido

reconocido el demandante por dicho concepto a la fecha de retiro, aplicando por analogía la fórmula determinada para liquidar las asignaciones de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los oficiales y suboficiales en el artículo 13 numeral 13.1.7 Decreto 4433 de 2004.

Prescripción de mesadas (01.09.12)

Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción cuatrienal, consagrada en el artículo 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente¹², teniendo en cuenta que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro al actor **Resolución 7752 del 12 de octubre de 2012** efectiva a partir del **30 de junio de 2012** y que este elevó petición de reajuste ante el Ministerio de Defensa Nacional el **4 de marzo de 2016**, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo en estudio.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de las diferencias en la asignación de retiro, conforme con los reajustes decretados, a partir del 30 de junio de 2012 y así se dirá en la parte resolutive.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y descontará el valor de los aportes que ordene la ley** y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Las sumas que resulten del reajuste deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por los demandantes desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas,

¹² H. Consejo de Estado Sección – Segunda, Subsección “A” en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: precisó que el Ejecutivo, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, se excedió en las facultades que le otorgó la Ley 923 del mismo año; dado que en esta última disposición se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, sin que en ninguno de sus apartes se desarrollara el tema de la prescripción, por lo que la norma aplicable con relación al fenómeno prescriptivo es la norma anterior vigente, como ya se advirtió.

teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Costas (01.12.52): El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹³, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁴ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

¹³ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁴ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>¹⁵

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han probado las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la entidad demandada, por las razones expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO.- INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL, para el caso en concreto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 **respecto del subsidio familiar**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo **OFI16-17323 MDNSGDAGPSAP del 11 de marzo de 2016**, donde el **MINISTERIO DE DEFENSA**, negó el reajuste de la pensión de invalidez del señor SP (r) **Wilmer Antonio Vargas Sánchez**, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL RELIQUIDAR** la pensión de invalidez del SP (r) **Wilmer Antonio Vargas Sánchez** a partir del 30 de junio de 2012, incluyendo como partida computable el Subsidio Familiar en el porcentaje devengado a la fecha de retiro, aplicando por analogía la fórmula determinada para liquidar las asignaciones de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia de los oficiales y suboficiales en el artículo 13 numeral 13.1.7 Decreto 4433 de 2004.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas de la pensión de invalidez reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas, y el valor de los aportes que ordene la ley.** El pago de las diferencias conforme

¹⁵ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

con los reajustes ordenados será a partir del **30 de junio de 2012** por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

Las sumas de dinero que la entidad accionada resulte adeudar a la parte actora deberán de ser indexadas de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde R, valor presente, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto del reajuste de la pensión, con inclusión de los reajustes de ley, 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 época en que debió de hacerse el pago.

Por ser pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A

SEPTIMO. – SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

OCTAVO. – Una vez 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). Devuélvase a la parte demandante, el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.


NOVENO. – Esta sentencia queda notificada en **ESTRADOS**, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA en consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

La **Juez** indaga a las partes intervinientes si contra la sentencia interponen recurso de apelación.

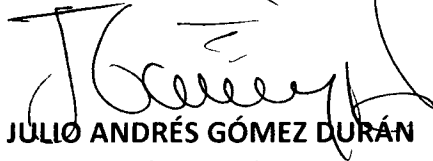
El apoderado de la parte demandante: Manifiesta sin recursos.

No siendo más el objeto de la presente diligencia se da por terminada siendo las 10 y 15 minutos de la mañana se firma por los que en ella intervinieron

FIRMAS,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Apoderado parte demandante



JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN

Secretario

