



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2017-00192-00
Demandante: JESÚS ELIGIO MENDOZA GÓMEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – Reajuste Salarial del 20%, Prima
de antigüedad y subsidio de familia en pensión de
invalidez.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Jesús Eligio Mendoza Gómez a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el señor Jesús Eligio Mendoza Gómez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad del Oficio No. 20155660859421 del 7 de septiembre de 2015 expedido por la entidad accionada, mediante el cual negó el reajuste de su pensión de invalidez teniendo en cuenta la prima de antigüedad, la inclusión del subsidio de familia y el reajuste del 20% salarial.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a:

- Reliquidar la pensión de invalidez tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, junto con la prima de antigüedad y se incluya como partida computable el subsidio familiar.

- Reajustar la prestación pensional año por año a partir de su reconocimiento con los nuevos valores que arroje la liquidación solicitada.
- Condenar al sujeto pasivo a pagar indexadamente los dineros que resulten de la diferencia entre el reajuste solicitado y la sumas efectivamente canceladas por el concepto de pensión de invalidez desde el año de reconocimiento en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho conforme los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 junto con los intereses.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl.5):

El accionante prestó su servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

A partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro del servicio.

El actor en servicio activo sufrió una disminución de su capacidad laboral, lo que originó que tuviera que retirarse del Ejército Nacional.

En vista de lo anterior, la entidad accionada mediante la Resolución No. 3692 del 30 de noviembre de 2009 reconoció pensión de invalidez al señor Mendoza, sin que en el mismo se le tuviera en cuenta el subsidio de familia y el reajuste del 20% diferencia salarial proveniente de la aplicación del Decreto 1794 de 2000.

Además el sujeto activo respecto a la prima de antigüedad manifestó que: *“De acuerdo al tiempo establecido en el resolución que reconoció la pensión a mi representado este fue de 10 años en consecuencia al remitirnos al art. 18 del Decreto 4433 de 2004, por expresa remisión del art. 13 del mismo, se puede establecer que a mi representado, le corresponde el cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%), y no como erradamente lo aplica la entidad demandada, en un 25.25”*

En vista de lo anterior, el accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante el extremo pasivo el 31 de julio de 2015 en el cual solicitó liquidar su pensión de invalidez conforme lo indica los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de

2004, la inclusión del subsidio familiar como partida computable y el reajuste salarial del 20% en aplicación del Decreto 1794 de 2000.

La entidad demandada a través del Oficio No. 20155660859421 del 7 de septiembre de 2015 negó la anterior petición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 6, 13, 25, 29, 42, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992, Decreto 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004 y Ley 1437 de 2011.

Afirmó el mandatario del actor que la forma en la que la demandada liquidó la pensión de invalidez afectó tres veces la partida computable de prima de antigüedad, que no incluyó como partida computable el subsidio familiar y no reajustó la diferencia salarial del 20%, motivo por el cual, considera se encuentran vulnerados los derechos del accionante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.56 a 62).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la liquidación de la pensión de invalidez se efectuó conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004, esto es respecto a la prima de antigüedad y la no inclusión del subsidio de familia.

Sobre el reajuste del 20 % señaló que el actor no tiene derecho a ello ya que al aceptar incorporarse como soldado profesional se sometió de manera íntegra el régimen estatuido en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º señala que quienes se vinculen a las Fuerzas Militares como tal, devengarán una asignación salarial equivalente al mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

De igual forma, señaló que dicho Decreto en cuanto al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, resulta ser más beneficioso que el contemplado para los soldados voluntarios en la Ley 131 de 1985.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *“legalidad del acto definitivo demandado, carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación y prescripción de derechos laborales”*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a las excepciones antes referidas encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 16 de febrero de 2018 (fls.91) el Despacho corrió traslado para que los extremos procesales presentaran sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público rindiera concepto.

La parte actora a través de memorial del 22 de febrero de 2018 (fls.93 a 98), presentó sus alegatos de conclusión donde reitero los argumentos expuestos en la demanda.

No obstante, respecto a la prima de antigüedad señaló que debe inaplicarse el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 respecto a la forma en que se liquida esa prima a los soldados profesionales por ser contrario al derecho a la igualdad, ya que a los oficiales y suboficiales se le paga de manera completa ese emolumento.

La entidad accionada no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 7 de diciembre de 2017 (Fls. 73 a 75), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora al reajuste de su pensión de invalidez teniendo en cuenta la diferencia salarial del 20% que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario percibido como soldado profesional, según los términos de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?
- ¿Le asiste derecho al sujeto activo a que le sea reliquidada su pensión de invalidez teniendo en cuenta el 43.2% de la prima de antigüedad, conforme lo señalan los artículos 18 y 30 del Decreto 4433 del 2004?
- ¿Le asiste derecho a la parte actora al reajuste de su pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, atendiendo el cargo de Soldado Profesional que desempeñaba en el Ejército Nacional?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 31 de julio de 2015, en el cual, el actor solicitó la reliquidación de su pensión de invalidez (Fls. 12 a 15).
2. Oficio No. 20155660859421 del 7 de septiembre de 2015, mediante el cual la entidad demandada, negó la anterior petición (Fl.16).
3. Resolución No. 3692 del 30 de noviembre 2009, a través del cual, la parte demandada reconoció al accionante pensión de invalidez teniendo en cuenta como partidas computables el salario básico y la prima de antigüedad (Fls.17 a 18).
4. Certificado de los tiempos de servicios prestados por el accionante (Fls.21 y 80).

5. Comprobante de pago de enero de 2016 de la pensión de invalidez al accionante (Fl. 22).
6. Certificado de la nómina de junio de 2009 cancelada al actor en la cual se observa que percibió subsidio familiar (Fl.81)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta que dentro de la fijación de litigio se plantearon tres interrogantes, este Juzgado comenzará a exponer el marco jurídico y jurisprudencial aplicable a cada una de ellos.

Reliquidación de la pensión de invalidez con base en el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 del 2000.

El constituyente de 1991, estableció un régimen especial para los miembros de la fuerza pública al referirse en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 de la Constitución Política sobre su sistema salarial, prestacional, organizacional y de carrera.

Las mencionadas disposiciones consagran:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública;

Artículo 217. La ley determinará si el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

En desarrollo de la anterior disposición el Congreso de la Republica a través de la ley 4ª de 1992 fijó las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe atender para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública y establecer las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Así mismo, La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en el artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen

general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas.

Además, señalo en el artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la ley carecería de efecto.

Ahora bien, en tratándose del régimen salarial, prestacional y organizacional de los soldados voluntarios la Ley 131 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", en sus artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º estableció:

"ARTÍCULO 1o. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

ARTÍCULO 2o. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

PARÁGRAFO 1o. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 2o. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

ARTÍCULO 3o. Las personas a que se refiere el artículo 2º. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 6o. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar. (...)"

De conformidad con lo anterior, se advierte, que los soldados voluntarios tienen derecho a una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario, en razón a la prestación del servicio militar, así como a una bonificación por navidad y por una sola vez, se les reconoce al momento del retiro del servicio, una suma que equivale a una bonificación mensual

por cada año de servicio prestados y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Posteriormente, se expidió la Ley 578 del 14 de marzo de 2000 “Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de Policía Nacional”, que en su artículo primero señaló:

“ARTICULO 1o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, que en el párrafo del artículo 5º señala:

“PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

Igualmente en el artículo 38 del citado Decreto se señaló:

“ARTÍCULO 38. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”.

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 1. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 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 sesenta por ciento (60%).” (Negrillas fuera del texto original)

De la norma antes transcrita se evidencia que la misma estableció una excepción respecto de la asignación salarial de los soldados que al 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados como voluntarios según la Ley 131 de 1985, la cual les permite devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el cual dista del 40% establecido para los soldados profesionales que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

Criterio expuesto por el Consejo de Estado, en la Sentencia del 6 de agosto de 2015, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve¹.

“Bajo este supuesto, las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.”

Criterio que fue reiterado por el Consejo de Estado – Sección Segunda en Sala Plena, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicado interno No. 3420-2015, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, en cual se dijo:

“(…) En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una ‘bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%’.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60% (...).”

Computo de la Prima de Antigüedad en las pensiones de invalidez de los soldados profesionales.

Determinado el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, se tiene que en tratándose de la liquidación de los factores salariales para el reconocimiento de

¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado interno (3583-13).

la pensión de invalidez, la norma aplicable a la situación concreta y particular del accionante es el Decreto 4433 de 2004.

El referido Decreto en su artículo 30 establece la forma en la cual se debe reconocer y liquidar la pensión de invalidez de los soldados profesionales de la siguiente manera:

*“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:***

30.1 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%).

Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.

Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.” (Negritas fuera del texto original)

Conforme lo anterior, para la liquidación de la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales se debe tener en cuenta las partidas computables señaladas para esos miembros en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 sobre las cuales se aplicará la tasa de reemplazo que corresponda según la disminución de la capacidad laboral.

El anotado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 señala como partidas computables las siguientes:

“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.

(...)” (subrayado fuera del texto).

Respecto a la liquidación de la prima de antigüedad como partida computable de las pensiones de invalidez el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 señala:

“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.” (Negrillas fuera de texto)

En tratándose de las asignaciones de retiro la liquidación de la prima de antigüedad para los Soldados Profesionales se encuentra regulada por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 bajo el siguiente tenor:

“ARTÍCULO 16 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 (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho 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.” (Negrillas extra – texto).

En ese orden de ideas, los Soldados Profesionales que en servicio activo adquirieron la disminución de su capacidad laboral dependiendo del porcentaje tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuya cuantía se determinara de las partidas computables: asignación básica y el porcentaje de la prima antigüedad, suma a la cual se le aplicara la tasa de reemplazo que corresponda.

En efecto, en tratándose de un Soldado Profesional que adquirió la disminución de la capacidad laboral cuando llevaba 10 años al servicio del Ejército Nacional, la liquidación de su pensión de invalidez se efectuara tomando la asignación básica que devengaba en servicio activo sumado al 43.2 % de la misma por concepto de prima de antigüedad según los términos de los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004 y a la suma resultante se aplica la tasa de reemplazo que corresponda según el porcentaje de disminución de capacidad laboral.

Subsidio Familiar

En primera medida se advierte que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“Artículo 1°. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.” (Resalta la Sala).

Artículo 2º. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.

Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.

En este sentido debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional², ha considerado que el subsidio familiar ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio, al efecto, estimó:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.”

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

² Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Ahora bien, frente al subsidio familiar para Soldados Profesionales del Ejército Nacional encontramos lo siguiente:

El Decreto 1794 de 2000 "*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*", consagró el derecho al reconocimiento del subsidio familiar al soldado profesional en actividad:

"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".

El Decreto 3770 de 2009 "*Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*", dictó:

"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. 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,

Artículo 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000". (Subrayado nuestro).

Por otro lado, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, no incluyó el factor de subsidio familiar, para liquidar la asignación de retiro y/o pensión de los Soldados Profesionales, sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia de tutela³, señaló que dicha norma establece un trato diferenciado al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los demás oficiales y suboficiales, excluyendo a las Soldados Profesionales, como se lee:

³ Sentencia de tutela, de fecha 7 de octubre de 2013, Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

“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, 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 la 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.

(...)” (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, en un caso similar el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia proferida el 19 de enero de 2017, Magistrado Ponente: Dr. Alberto Espinosa Bolaños, dentro del proceso No. 2013-00454, consideró que en virtud del principio de igualdad, se debe incluir el factor de subsidio familiar dentro de las liquidaciones de las asignaciones de retiro y/o pensiones de los soldados profesionales, por cuanto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, generó un trato discriminatorio e injustificado entre los miembros de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, los cuales devengan en actividad el factor de subsidio familiar, como se observa:

“(…)”

Sobre este punto la Sala advierte, que el principio de igualdad impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁴.

⁴ <http://www.cajpe.org.pe/rjibases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>. El Juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia.

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, establece cuáles son las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, haciendo una diferencia entre los Oficiales y Suboficiales y los Soldados Profesionales, señalando que para estos últimos, se tomaría el salario mensual y la prima de antigüedad, dejando por fuera el subsidio familiar, generándose un trato discriminatorio e injustificado, entre miembros de la misma institución, que si bien tienen diferente grado, perciben en actividad la citada partida.

Así mismo, la finalidad del mencionado subsidio es ayudar al trabajador a aliviar las cargas económicas para el sostenimiento del núcleo familiar, y los soldados perciben salarios inferiores frente a los Oficiales y Suboficiales; en consecuencia, se observa una vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

En el mismo sentido, lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de tutela⁵, cuando expresó:

“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, 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 la 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.

(...)” (Resaltado fuera de texto).

Por lo anterior considera la Sala, que en aplicación del derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución Política, se debe tener en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar.

Frente al caso concreto se encuentra probado, que el señor ORLANDO CORDOBA estuvo vinculado al Ejército Nacional por espacio de 20 años, 4 meses y 17 días, y que dentro de sus haberes percibió la partida subsidio familiar en un 4%; sin embargo, al reconocer la asignación de retiro mediante la Resolución No. 3683 de 29 de septiembre de 2010, excluyó el subsidio familiar.

Por tanto, en virtud del principio de igualdad, se debe reliquidar la asignación de retiro del señor ORLANDO CORDOBA, con inclusión de la partida denominada subsidio familiar, a partir del 30 de septiembre de 2010”.

⁵ Sentencia de tutela, de fecha 7 de octubre de 2013, Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

En ese orden de ideas, se tiene que el Decreto 4433 de 2004, enunció de manera taxativa los emolumentos que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro y/o pensión de los soldados profesionales sin incluir el subsidio familiar, incurriendo en un trato desigual, por cuanto dicho emolumento si es incluido para los demás oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Por tanto, de la jurisprudencia aplicable al caso, se desprende que los Soldados Profesionales que hayan devengado el Subsidio familiar en actividad, tienen derecho a que dicho emolumento sea teniendo en cuenta en la liquidación de su asignación de retiro y/o pensión, inaplicándose el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por inconstitucional al vulnerar el derecho de igualdad de dicho personal.

CASO CONCRETO.

El Juzgado procede a resolver los interrogantes planteados en la fijación del litigio estos es, en primer lugar, la pretensión referente a la reliquidación de la pensión de invalidez del accionante en cuanto al reajuste salarial del 20 % como partida computable de dicha prestación pensional, equivalente a la diferencia que resulta entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario percibido como soldado profesional; en segundo lugar, resolver lo atinente a la forma en que se liquidó la prima de antigüedad y finalmente determinar si tiene derecho el actor al reconocimiento y pago del subsidio familiar como partida computable de su pensión.

Reajuste salarial del 20%

El demandante, solicita se le reajuste su pensión de invalidez teniendo en cuenta como partida computable la asignación salarial establecida en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el incremento del 60% de un salario mínimo, y no un 40% como lo viene haciendo la entidad accionada.

Del certificado obrante a folio 80 del expediente se observan los servicios prestados por el accionante ante la entidad accionada de la siguiente manera:

NOVEDAD	DE	HASTA
<i>SERVICIO MILITAR</i>	<i>14-11-1997 (14 de noviembre de 1997)</i>	<i>15-05-1997 (15 de mayo de 1997)</i>
<i>SOLDADO VOLUNTARIO</i>	<i>16-05-1999 (16 de mayo de 1999)</i>	<i>31-10-2003 (31 de octubre de 2003)</i>

SOLDADO PROFESIONAL	2003-11-01 (1º de noviembre de 2003)	de	15-08-2009 (15 de agosto de 2009)
---------------------	--------------------------------------	----	-----------------------------------

De lo anterior se colige, que el actor prestó inicialmente sus servicio como soldado voluntario desde el 16 de mayo de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional del 1º de noviembre de 2003 hasta el 15 de agosto 2009, fecha en la cual se retiró del Ejército Nacional por tener derecho a pensión de invalidez.

Así pues, es claro para este Juzgado que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues de lo obrante en el plenario se determina que se desempeñó inicialmente como Soldado Voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985 y posteriormente como Soldado Profesional bajo la eficacia del Decreto 1794 de 2000.

Acorde con lo anterior y de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1794, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales y es así, como se establece que estos deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), por consiguiente, sus condiciones no se podían desmejorar en ningún aspecto, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente en ese momento.

La diferencia porcentual establecida para las asignaciones mensuales de los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los demás soldados profesionales, tiene un contenido de garantía de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos establecidos por la Constitución (Art. 53) y por la Ley 4ª de 1992, que estableció en su artículo 2 literal a), el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, así como la prohibición de desmejorar sus condiciones laborales, al momento de fijar el régimen salarial y prestacional.

En virtud de lo señalado, la entidad accionada ha debido dar aplicación a lo previsto en la citada disposición, sin desmejorar las condiciones salariales preexistentes, lo cual no ocurrió de conformidad con lo probado en el *sub-lite*, por lo que se afectó igualmente sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales que devenga el accionante.

En consecuencia, al demandante le asiste el derecho a que la entidad accionada le reconozca y pague la diferencia del 20% del incremento sobre el salario mínimo que

se dejó de cancelar al momento de la liquidación de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que dicho guarismo hace parte de la partida computable de la prestación pensional de la que es titular el sujeto activo.

Lo anterior, por cuanto dicha liquidación fue realizada erróneamente sobre el incremento del 40% de un salario mínimo, cuando debía hacerse sobre el 60% de dicho salario, conforme lo indicado en precedencia.

Subsidio Familiar.

Evidencia el Juzgado del certificado obrante a folio 81 del plenario que el demandante devengó en actividad subsidio familiar en cuantía del 4% de su asignación básica.

Conforme lo expuesto en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el Decreto 4433 de 2004 no consagró como partida computable de la asignación de retiro y/o pensión de los soldados profesionales el subsidio familiar como si se efectuó para los Oficiales y Suboficiales.

Por lo anterior, el Juzgado entrara a analizar si existió alguna vulneración al derecho a la igualdad del accionante al no tenerse en cuenta como partida computable de las pensiones y/o asignaciones de retiro el subsidio familiar que le permita a este Despacho aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y en su lugar ordenar la inclusión del referido emolumento.

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se encuentra establecido en el artículo 4° de la Constitución Política, al establecer que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Esa norma le permite al operador jurídico o cualquier autoridad administrativa dejar de aplicar una disposición en un determinado asunto sin que la Ley inaplicada pierda vigencia o en virtud de un juicio de ponderación extender sus efectos a lo no previsto en ella.

Así las cosas, el Juez, para poder realizar el control difuso de una determinada norma, deberá efectuar un análisis respecto a la Constitución Política, para así poder determinar si existen razones de peso que lo lleven a inaplicar o extender una norma en pro de salvaguardar los principios y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

En el asunto, el Juzgado acogiendo la jurisprudencia citada en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, concluye que existe una violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política al reconocerse como partida computable de las pensiones y/o asignaciones de retiro el subsidio familiar a los Oficiales y Suboficiales mientras a los soldados profesionales no.

Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza especial que tiene el subsidio familiar, esto es como un auxilio económico del trabajador que busca proteger y salvaguardar a la familia como núcleo básico de la sociedad.

Prima de antigüedad

Advierte el Despacho que al señor Jesús Eligio Mendoza Gómez le fue reconocida pensión de invalidez por la entidad accionada mediante la Resolución 3692 del 30 de noviembre de 2009, teniendo en cuenta que se le determinó una disminución de su capacidad laboral del 79.98% en cuantía de \$653.600.00 pesos (fl.17).

Para la liquidación de la pensión de invalidez del actor, el sujeto pasivo tuvo en cuenta como partidas computables los valores percibidos como asignación básica y la prima de antigüedad, suma que se le aplicó la tasa de reemplazo que correspondió al 75% por el porcentaje de disminución de capacidad laboral.

El accionante, inconforme con la liquidación que se efectuó sobre la partida computable de prima de antigüedad elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 31 de julio de 2015 ante la entidad accionada (fls.12 a 15).

Como fundamentó de la anterior petición señaló el actor que su pensión de invalidez debió liquidarse según los términos de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004.

Dentro del concepto de violación y los alegatos de conclusión el accionante reiteró lo anterior, señalando además que la liquidación realizada por la entidad accionada afectaba tres veces la prima de antigüedad ya que a la asignación básica percibida en actividad le sacó el porcentaje que tenía reconocido el actor en servicio, al valor resultante le aplicó el porcentaje que indica el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 y ese monto lo dividió sobre la tasa de reemplazo a que tiene derecho conforme a la disminución de la capacidad laboral es decir el 75%.

En ese sentido, procede el Despacho a revisar la manera en la que la entidad demandada aplicó el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad sobre la pensión de invalidez del accionante y de esta forma resolver el interrogante planteado dentro de la fijación del litigio.

En efecto, la entidad accionada en la Resolución No. 3692 del 30 de noviembre de 2009 (fl.17) al momento de liquidar la pensión de invalidez del actor señaló:

“(...) Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, en concordancia con los Decretos Nos. 4433 de 2004 y 4868 de 2008, el mencionado ex – Soldado adquirió el derecho al reconocimiento y pago de pensión mensual de invalidez, la cual se reajustará conforme lo prevea la Ley, en cuantía equivalente de las siguientes partidas:

<i>Salario Mensual</i>	<i>\$695.660.00</i>
<i>Prima de Antigüedad</i>	<i>175.807.00</i>
<i>Total</i>	<i>871.467.00</i>

Que al causante le fue reconocida prima de antigüedad del 58.5% correspondiente a 10 años en calidad de soldado voluntario y profesional, en virtud de lo previsto en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, le corresponde el 43.2% del valor que devengaba en actividad en la liquidación de la pensión.” (...)

Artículo 1° Reconocer y pagar con cargo al presupuesto del Ministerio del Defensa Nacional a partir del 15 de agosto de 2009, a favor del ex – soldado Profesional del Ejército Nacional, Jesús Eligio Mendoza Gómez (...) una pensión mensual de invalidez en cuantía (...) (\$653.600), equivalente al 75% de la partida señalada en la parte motiva.(...)”

Con base en lo anterior, se tiene que la entidad accionada para liquidar la pensión de invalidez del accionante partió del salario básico devengado en actividad para el año 2009, (año de reconocimiento de la referida prestación pensional) la cual ascendía a \$695.660.00 teniendo en cuenta que para esa anualidad el salario mínimo legal vigente era de \$496.900 valor adicionado por el 40% del mismo salario⁶; a esa suma le aplicó el 43.2% conforme lo señala el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 por concepto de prima de antigüedad, atendiendo que el actor había prestado sus servicios por 10 años al Ejército Nacional y finalmente al emolumento resultante le aplicó el 58.5% que era el valor que venía percibiendo en actividad por la referida prima.

⁶ Lo anterior a que como se advirtió el Ejército Nacional le pagaba al accionante como salario mensual un smlmv adicionado en un 40% en contravía a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Ahora bien, conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, a efectos de liquidar la pensión de invalidez del actor atendiendo que prestó sus servicios al Ejército Nacional por 10 años en calidad de Soldado Profesional debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, según el cual las partidas computables para determinar el IBL de referida prestación pensional son las señaladas en el artículo 13 *ibídem* es decir, asignación básica y el porcentaje de la prima de antigüedad, suma a la cual se le aplicará como tasa de reemplazo el 75% con base en el porcentaje de disminución de capacidad laboral del accionante.

En tratándose de la prima de antigüedad, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 señala que la misma se liquidara según *"los porcentajes previstos en el artículo 18"*, artículo que advierte que para los soldados profesionales que prestaron sus servicios por 10 años le corresponde el 43.2% de la asignación básica.

En efecto, en el caso particular del accionante que adquirió la disminución de la capacidad laboral cuando llevaba 10 años al servicio del Ejército Nacional, la liquidación de su pensión de invalidez debió realizarse tomando la asignación básica que devengaba en servicio activo sumado al 43.2 % de la misma por concepto de prima de antigüedad según los términos de los artículos 13,18 y 30 del Decreto 4433 de 2004 y a la suma resultante se le debe aplicar la tasa de reemplazo del 75% en ocasión a su porcentaje de disminución psicofísica y no como lo realizó la entidad accionada según la motivación precedente.

Ahora bien, determinado el derecho que le asiste al accionante a que sea reliquidada la partida de prima de antigüedad, es necesario advertir que teniendo en cuenta que el salario básico como partida computable de la pensión de invalidez del accionante también se ordenará reliquidar; la entidad accionada al momento de realizar el reajuste de la prima de antigüedad deberá realizarlo con base en ese cambio, esto es teniendo en cuenta un SMLMV adicionado en un 60% y no en un 40% como lo venía efectuando el sujeto pasivo.

Por otra parte, señala el Despacho que la apoderada del accionante en el escrito de alegatos de conclusión (fl.97) solicitó se inaplique el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 para que en su lugar se reconozca en su totalidad el valor devengado por el accionante en actividad por prima de antigüedad por encontrarse vulnerado su derecho a la igualdad.

Al respecto, se advierte que no se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad alegado por la accionante ya que los Soldados Profesionales no se encuentran en la misma situación de hecho que los Oficiales y Suboficiales, por cuanto, la normatividad que rige a uno y otro grupo, obedece a que se trata de sujetos jurídicamente desiguales ya que pertenecen a diferentes niveles de jerarquía, rango, entre otros y tal lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T- 540 del 2000; en el sentido que *“no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación”*.

En esas circunstancias, ese trato diferenciado está permitido por la misma Ley 4ª de 1992, toda vez, que es la norma que establece los objetivos y criterios a tener en cuenta para fijar las distintas escalas salariales de acuerdo al grado, responsabilidades y funciones, es decir que el Gobierno Nacional optó por tratar de manera distinta a los miembros de la Fuerza Pública.

Al respecto, es pertinente traer a colación algunos de los apartes contenidos en la sentencia 2009-00029 de marzo 27 de 2014, proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección B, dentro del radicado 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009), con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se advirtió:

(...) “En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la Fuerza Pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se practique la violación del derecho a la igualdad.

(...)

En suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se “exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual solo esta constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios (...) (Negrillas fuera del texto original)”.

En ese orden de ideas, al no existir normatividad específica que permita tratarlos jurídicamente iguales a los Soldados Profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, se observa que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad como lo argumenta el demandante.

Así las cosas, el Juzgado concluye que no es posible extender los beneficios consagrados para los Oficiales y Suboficiales a los Soldados Profesionales respecto a la liquidación de la prima de antigüedad en las pensiones y/o asignaciones de retiro, ya que ese emolumento es netamente retributivo del servicio, cuya cancelación se realiza con base en las responsabilidades, funciones y cargos especiales que se cumplen dentro de las Fuerzas Militares. Por tal motivo, el legislativo y el ejecutivo en su competencia compartida se encontraban legitimados para establecer diferencias respecto a su pago y reconocimiento.

No ocurre lo mismo con el subsidio familiar, ya que este busca proteger a la familia como sujeto de especial protección constitucional, por lo cual el legislativo y el ejecutivo no se encontraban facultados para establecer algún tipo de discriminación, como en efecto sucedió.

Sin embargo, se reitera que la prima de antigüedad debe ser tenida en cuenta como partida computable en la pensión de invalidez del accionante con su correcta liquidación con base en los artículos 13, 18 y 30 del Decreto 4433 de 2004.

En tal sentido, determinado el derecho del accionante a que sea reajustada su pensión de invalidez teniendo en cuenta la correcta liquidación de la asignación básica y la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar, entra el Despacho a determinar la prescripción aplicable al asunto en atención a la excepción presentada por el sujeto pasivo.

Así las cosas, se tiene que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, estableció la prescripción de la siguiente manera:

“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Conforme al artículo transcrito, los derechos prescriben 3 años contados a partir de la fecha en la cual se hicieron exigibles y el reclamo escrito de estos a través del ejercicio del derecho de petición interrumpe el referido término por el mismo lapso.

Así las cosas, la pensión de invalidez fue reconocida al accionante a través de la Resolución No. 3692 del 30 de noviembre de 2009 (fl.17), el accionante elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 31 de julio de 2015 (fl.12), por tal razón se concluye que se superó el término prescriptivo trienal señalado por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

En ese orden de ideas, se tomara la fecha de radicación del referido escrito de petición (31 de julio de 2015), por cuanto a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción por un lapso de tres años, lo que significa que las mesadas pensionales objeto de reajuste en virtud del reajuste de la pensión de invalidez del actor con la inclusión del subsidio familiar y con la correcta liquidación de la asignación básica y la prima de antigüedad son las causadas a partir del 31 de julio de 2012, toda vez que en aplicación de la prescripción trienal las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación pretendida, 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, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO.- Inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto no incluyó el porcentaje del subsidio familiar devengado en actividad en la pensión de invalidez del accionante, conforme lo expuesto.

SEGUNDO.- Extender los efectos del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al actor, ordenando reliquidar su asignación de retiro con la inclusión del porcentaje del subsidio familiar devengado en actividad, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20155660859421 del 7 de septiembre de 2015, mediante el cual la entidad accionada le negó al accionante el reajuste de su pensión de invalidez.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a:

- (i) Reajustar la pensión de invalidez del señor JESUS ELIGIO MENDOZA GOMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.168.200, tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo salario.

- (ii) Reajustar la pensión de invalidez del actor, incluyendo como partida computable el subsidio familiar que venía percibiendo en actividad.
- (iii) Reajustar la pensión de invalidez del accionante teniendo en cuenta la correcta liquidación de la prima de antigüedad, esto es que al salario básico como partida computable se le deberá sumar el 43.2 % del mismo salario y a la suma resultante se aplicara la tasa de reemplazo del 75% en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 13, 18 y 30 del Decreto 4433 de 2004.

La entidad accionada al momento de reliquidar la prima de antigüedad deberá tener en cuenta el reajuste ordenado sobre el salario básico que se indicó.

- (iv) Reconocer y pagar las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir del 31 de julio de 2012 por prescripción trienal con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes.

QUINTO.- La entidad demandada podrá descontar los aportes no realizados en el porcentaje que le corresponde al trabajador de forma indexada.

SEXTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación pretendida, 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 debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

SÉPTIMO.- Sin lugar a condena en costas.

OCTAVO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Angelica A. Sandoval A
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 11 de abril de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>027</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--