

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
VILLAVICENCIO

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CONCENTRADA CON FALLO

LUGAR: Villavicencio (Meta)
Palacio de Justicia, Piso 2 Torre B
Sala de Audiencias No. 19 para los Juzgados Administrativos

FECHA: Quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ: LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	02:45 P.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2017-00092-00
50001-33-33-002-2017-00112-00
50001-33-33-002-2017-00242-00
DEMANDANTES: FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA
HÉCTOR HUGO ROJAS
JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 15 días del mes de marzo del año dos mil dieciocho (2018), siendo las 02:00 p.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 de manera concentrada, teniendo en cuenta que los procesos versan sobre el mismo asunto, para tal efecto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, bajo la dirección de la señora Juez LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA, se constituye en audiencia pública y la declara abierta con el fin ya señalado:

1. ASISTENTES (__:__)

Parte demandante en el expedientes 2017-242: LYDA TATIANA DUQUE LENIS identificada con C.C. 1.121.826.907 y T.P. 234163 del C.S.J., en su calidad de apoderada de los demandantes, dentro del expediente 2017-242, se reconoce personería.

Parte demandante dentro del expediente 2017-92 y 2017-112: DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA con C.C. No. 40.325.472 y T.P. 150.719 del C.S.J, a quien se le reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituto, en virtud del memorial de sustitución que allega a la diligencia.

Parte demandada en los tres expedientes: ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS con C.C. No. 30.083.380 y T.P. 119.524 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de la entidad demandada en los dos expedientes, en virtud de los memoriales que allega a la presente diligencia.

Ministerio Público: No asistió.

Se reconoce al abogado Álvaro Rueda Celis, como apoderado sustituto conforme al poder allegado, visto a folio 80 del expediente 2017-92 y folio 69 del proceso 2017-112

2. SANEAMIENTO (__:__)

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 180-5 y 207 de CPACA, el Juzgado deja constancia que revisados los expedientes no encuentra causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, o que amerite el saneamiento para evitar una decisión inhibitoria. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

3. EXCEPCIONES PREVIAS (__:__)

Revisadas las contestaciones de las demandas, advierte el Despacho que la entidad propuso en dos de los tres procesos de esta audiencia la excepción previa de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE

SOLICITADO 40-60%, y la FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO correspondiente a los radicados 2017-92 y 2017-242.

SUETENTO DE LA EXCEPCIÓN

Afirma la caja que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que la reclamación del reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública, además de expedir la hoja de servicios, la cual sirve a CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro; por consiguiente, pide vincular al Ministerio en mención, aunado que la sentencia de unificación del Consejo de Estado, solo se refirió al personal activo, siendo demandado el únicamente el ministerio, y en decisiones de tutela de la misma Corporación, se ha sostenido que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a lo anterior.

DECISIÓN

De entrada se negarán las dos excepciones planteadas por la entidad demandada, las cuales fueron fundamentadas con el mismo argumento para los dos expedientes y para las dos excepciones, por lo siguiente:

Inicialmente, este Despacho siempre ha mantenido la posición en estos asuntos sobre la legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, donde los soldados profesionales con asignación de retiro piden la reliquidación de la misma, para que se de una correcta aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Lo anterior, considerando que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 16 consagró que le corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el pago de la asignación de retiro a los soldados profesionales que cumplan con los requisitos allí señalados, para lo cual hace una remisión expresa al artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y fue precisamente sobre la interpretación que debía dársele a este artículo, que se profirió la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Luego al revisar los documentos allegados al expediente se encuentra que los demandantes se encuentran disfrutando de una asignación de retiro reconocida por CREMIL, razón por la cual solicitaron a dicha caja la reliquidación de su prestación como se pide en vía judicial, solicitud que fue negada por la entidad, mediante los actos administrativos que son acusados, razón por la cual considera este Despacho que es la entidad demandada, la que se encuentra legitimada por el momento de hecho para controvertir las pretensiones de los demandantes.

De todas formas, debe decirse que este tema ya fue definido por el Tribunal Administrativo del Meta, superior funcional de este Juzgado, Corporación que señaló que en estos casos, existe legitimación en la causa por pasiva de Cremil¹, así:

“Por último, la Sala aclara que se mantiene la postura de esta Corporación acerca de la posibilidad de demandar solamente a CREMIL, buscando el reajuste de la asignación de retiro, sin que previa o concomitantemente se haya buscado el reajuste del salario por parte de los soldados voluntarios que pasaron a partir del 01 de noviembre de 2003 a ser soldados profesionales, por las siguientes razones:

El error de la administración en la interpretación de las normas no puede generar una limitante para que el actor, así haya obviado, por cualquier causa, buscar el reajuste salarial oportuno, ahora una vez retirado del servicio, reclame buscando ante CREMIL y la jurisdicción que se ajuste su asignación de retiro a los parámetros legales, porque, así como no se puede sacar provecho de la propia culpa, tampoco se puede usar la culpa de la administración para negar un derecho.

De otra parte, así como en el Sistema General Pensional y en la jurisprudencia, se acepta que los fondos de pensiones y los patronos solucionen internamente las diferencias que surjan por concepto del pago de aportes, sin afectarse la extensión, en el tiempo y en el monto, de lo á derechos pensionales, resulta viable pensar que este tema de la diferencia que pudo haberse mantenido en la época de los salarios y dentro del servicio activo, con incidencia en los aportes a pensión, también resulta irrelevante, porque pueden solucionarse internamente entre la fuerza militar que haya obtenido los servicios del demandante y la respectiva caja prestacional.

La anterior visión resulta también coherente al analizar que el actor pudiere tener perdido su interés de vincular al debate a la fuerza pública correspondiente, para reclamar frente a esta diferencias salariales y prestacionales, por el fenómeno prescriptivo de esos derechos; circunstancia frente a la cual no resulta razonable, en términos de los principios de justicia y economía, que se imponga dicha vinculación procesal de la fuerza pública correspondiente.

Por último, si bien es cierto, el Consejo de Estado, a través de fallos de tutela, en asuntos similares, sostiene la tesis de que existe falta de legitimación por pasiva respecto de la, Caja de Retiro de las Fuerzas

¹ M.P. HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO, Radicado No. 5000133300120140025801, 22 de febrero de 2018, demandante: JOSE IGNACIO RUBIO RUBIO, demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

Militares - CREMIL-, también lo es, que el mismo órgano de cierre ha referido que los fallos de tutela solo generan efectos inter partes, es decir, entre las partes, por lo que no pueden llevarse como precedente a un proceso ordinario”.

En ese orden de ideas, se declara NO PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y la FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO, propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO (__:__)

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 180-7 del CPACA, y revisada las demandas y sus respectivas contestaciones, procede el Despacho a la fijación del litigio.

4.1. Expediente 2017-00092-00

4.1.1. Hechos probados:

- El señor FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 23 de noviembre de 1994 y se desempeñó como tal hasta el 17 de mayo de 1996; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 1 de junio de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 31 de marzo de 2015 (fol. 30).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución 410 del 28 de enero de 2015, efectiva a partir del 31 de marzo del mismo año, en la cual se tuvo en cuenta como partidas computables el Sueldo Básico; la Prima de Antigüedad y el subsidio familiar en un 26% (fol. 31-32).
- Mediante derecho de petición radicado el 30 de marzo de 2016, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro incrementando la asignación básica en un 20% y se abstuvieron de efectuar doble afectación a la prima de antigüedad (fol. 25-27).

- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el oficio No 2016-23966 del 15 de abril de 2016. (fol.28)

4.2. Expediente 2017-00112-00

4.2.1. Hechos probados:

- El señor HÉCTOR HUGO ROJAS, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 21 de noviembre de 1994 y se desempeñó como tal hasta el 17 de mayo de 1996; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 01 de junio de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 10 de febrero de 2015 (fol. 27).
- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar, en cuantía del 62,5% del sueldo básico (fol. 27)
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución 2291 del 17 de marzo de 2015, efectiva a partir del 10 de mayo del mismo año, en la cual se tuvo en cuenta como partidas computables el Sueldo Básico, la Prima de Antigüedad y el Subsidio Familiar en un 30% del valor devengado en actividad, este último, conforme al art. 1 del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 (fol. 28-29).
- Mediante derecho de petición radicado el 13 de diciembre de 2016, el demandante solicitó mediante apoderado ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro incrementando la partida Subsidio Familiar al valor que recibía en servicio activo (fol. 24-25).
- La anterior petición fue despachada desfavorablemente mediante el Oficio No. 2016-84815 del 22 de diciembre de 2016 (fol. 26).

4.3. Expediente 2017-00242-00

4.3.1. Hechos probados:

- El señor JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 15 de diciembre de 1995 y se desempeñó como tal hasta el 12 de junio de 1997; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 01 de febrero de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 30 de diciembre de 2016 (fol. 26).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución 974 del 15 de febrero de 2017, efectiva a partir del 30 de marzo del mismo año, en la cual se tuvo en cuenta como partidas computables el Sueldo Básico, la Prima de Antigüedad y el Subsidio Familiar (fol. 27-28).
- Mediante derecho de petición radicado el 22 de marzo de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro incrementando la asignación básica en un 20%, absteniéndose de efectuar doble afectación a la prima de antigüedad, incluir la partida Prima de Navidad en una duodécima parte (fols. 21-23).
- La anterior petición fue despachada desfavorablemente mediante el Oficio No. 2017-17018 del 31 de marzo de 2017 (fol. 24-25).

4.4. Pretensiones en litigio

Se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron las peticiones de los demandantes, tendientes a lograr el reajuste de su asignación de retiro. A título de restablecimiento del derecho, ordenar la reliquidación de sus asignaciones de retiro, incrementando la asignación básica en un 20%, aplicando correctamente el cálculo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dentro de los procesos 2017-92 y 2017-242, incluyendo la partida Subsidio Familiar en un 62.5% únicamente dentro del expediente 2017-112. En relación con el expediente 2017-00242-00 incluir la Prima de Navidad en una duodécima parte.

4.5. Problema Jurídico

Demandantes:
FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA; HÉCTOR HUGO ROJAS y JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL
Demandada: CREMIL

El presente asunto se contrae a establecer si a los demandantes en su calidad de Soldados Profesionales ® les asiste el derecho a que su asignación de retiro le sea reliquidada fijando el sueldo básico mensual en un salario mínimo incrementado en un 60%, así como añadiendo la partida Prima de Navidad dentro del expediente 2017-242; y en cuanto al proceso 2017-112 reajustando la partida de Subsidio Familiar al 62.5%. Igualmente, si la entidad se equivocó al realizar el cálculo de la asignación, afectando doble vez la Prima de Antigüedad, dentro de los expedientes 2017-92 y 2017-242.

De la fijación del litigio, así como del problema jurídico, el Despacho corre traslado a las partes para que manifiesten lo que a bien tengan. Se notifica en estrados. Sin recursos.

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN (__:__)

La señora Juez pregunta a las partes si existe ánimo conciliatorio. Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho declara fallida la conciliación.

6. MEDIDAS CAUTELARES (__:__)

Como quiera que no fueron solicitadas medidas cautelares se continúa con el trámite.

7. DECRETO DE PRUEBAS (__:__)

Teniendo en cuenta el problema jurídico planteado, la fijación del litigio, y el análisis de las pruebas aportadas por las partes, conforme lo dispone el artículo 180-10 del CPACA, se procede a decretar las siguientes pruebas:

7.1. Parte demandante

7.1.1. Documentales: Conforme lo dispone el artículo 180 numeral 10 del C.P.A.C.A., se procede a decretar e incorporar al expediente las documentales aportadas con las demandas obrantes a folios 25 a 32 del expediente **2017-00092-00**; folios 24 a 31 del expediente **2017-00112-00**; y folios 20 a 29 del expediente **2017-00242-00**. En los tres expedientes estos documentos hacen alusión a la petición elevada por los demandantes y su correspondiente respuesta (acto

demandado), resolución de reconocimiento de asignación de retiro y hoja de servicios, a los cuales se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno.

7.2. Parte demandada:

7.2.1. Documentales: Se tendrán como pruebas los documentos aportados por la entidad demandada que integran los expedientes administrativos de los demandantes obrantes a folios 61 a 79 del expediente **2017-00092-00**; folios 58 a 68 del expediente **2017-00112-00**; y folios 49-65 del expediente **2017-00242-00**, a los cuales se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno. **El auto de pruebas, se notifica en estrados. Sin recursos.**

8. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En razón a lo señalado en el inciso final del artículo 180 del CPACA, el Despacho prescindirá de la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA, al considerar que en estos asuntos no es necesario el decreto y practica de más pruebas que las que ya obran en el expediente, con ellas se puede decidir sobre el derecho que reclaman los demandantes. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En éste estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a cada una de las partes, de los cuales queda registró en el video. Escuchados los alegatos de las partes, procede el Despacho a dictar sentencia oral que en derecho corresponde, en los siguientes términos:

10. SENTENCIA

En consecuencia para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos según lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA: i) análisis jurídico y jurisprudencial de los temas en discusión y ii) caso concreto.

1. ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL SUELDO BÁSICO DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE PASARON A SER PROFESIONALES EN VIRTUD DE LOS DECRETOS 1793 Y 1794 DE 2000.

El Decreto 1794 de 2000 en su artículo 1 inciso segundo respecto de los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, prevé 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%).

La Sección Segunda del Consejo de Estado definió el tema mediante la Sentencia de Unificación No. 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) del 25 de agosto de 2016², señalando que los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40 %, tienen derecho a un reajuste del 20 % del salario vigente hasta llegar a ese 60 %, conforme el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, que lleva consigo el reajuste además de las prestaciones sociales y demás derechos laborales reconocidos. Advirtiendo que el precepto es claro y que su motivación no es otra que seguir reconociendo la mencionada asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementada en un 60%, para aquellos que se incorporaron a partir del 31 de diciembre de 2000, con el propósito de garantizar derechos adquiridos.

En los anteriores términos queda claro para el Despacho que a los demandantes de los expedientes 2017-92 y 2017-242 se les debió liquidar su asignación de retiro fijando la partida Asignación Básica en un salario mínimo legal mensual vigente incrementada en un 60% y no en un 40% como lo hizo la entidad.

2. LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Cartagena, D. T. y C., 25 de agosto de 2016 - No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 - No. Interno: 3420-2015 - Actor: Benicio Antonio Cruz - Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional - Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 - Tema: Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la manera como se debe liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, señalando que en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

Como se evidencia de la proyección de la asignación de retiro en el expediente 2017-92 (fol.74 dorso) y en el 2017-242 el oficio del Departamento Administrativo de la Función Pública y lo dicho por la entidad en su contestación (fol.64-65), la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES aplicó el 70% no sólo sobre el sueldo básico sino sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el 38.5% de que trata la norma, lo que permite concluir que hizo una aplicación equivocada de esta, puesto que la misma establece que la asignación mensual de retiro equivale *“al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”*, esto es, el 70% no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual.

Así las cosas, se debe ordenar la reliquidación de la asignación de retiro en la forma que la ley lo establece, esto es, aplicando el 70% al salario básico y adicionando un 38.5% sobre la prima de antigüedad.

3. INCLUSIÓN DE LAS PARTIDAS SUBSIDIO FAMILIAR Y PRIMA DE NAVIDAD, COMO COMPUTABLES PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Como quiera que el sustento de estos puntos en la demanda es el mismo, valga decir, la trasgresión del derecho a la igualdad, analizará el Despacho estas dos peticiones en conjunto, así:

El artículo 11 del Decreto No. 1794 de 2000, derogado por el artículo 16 del Decreto 3770 de 2009, estableció a favor de los Soldados Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el derecho a recibir el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, determinándose que sólo quienes venían percibiendo el subsidio familiar antes del 30 de septiembre de 2009, fecha de entrada en vigencia el mencionado decreto, continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio activo.

De otra parte, cuando se refiere a los eventos en los cuales la entidad demandada haya reconocido en la asignación de retiro un 30% **(2017-112)**, del **subsidio familiar** devengado en actividad de conformidad con el Decreto 1162 de 2014, considera el Despacho que dicha norma resulta discriminatoria por cuanto en la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales, el artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión de la partida de subsidio familiar en el **mismo monto devengado en actividad**.

En lo que respecta a la partida **Prima de Navidad (2017-242)**, el Decreto 1794 de 2000 ordenó en su artículo 5 que dicha prestación equivale al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual es cancelada en el mes de diciembre de cada año y proporcionalmente en razón a una duodécima parte por cada mes completo de servicio, en caso de no laborar el año completo. No obstante lo anterior, como ya se ha dicho, el Decreto 4433 de 2004 no contempla esta partida para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, caso distinto al de los Oficiales y Suboficiales, para quienes el artículo 13.1.8 sí la incluyó.

Pese a las distinciones que realizó el Gobierno Nacional a través del Decreto 4433, se tiene que la Ley 923 de 2004, en su artículo 2 estableció para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública entre otros principios, el de igualdad y equidad, y en su artículo 3 numeral 3.3 dispuso que las partidas para liquidar la asignación de retiro serían las mismas sobre las cuales se hicieron los correspondientes aportes.

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (*Art. 4 C.P.*), considera el Despacho que en el caso concreto, deben inaplicarse por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio de igualdad en cuanto impide tener la prima de navidad, como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, a las cuales sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares y el Decreto 1162 de 2014.

II. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte que los demandantes de los procesos 2017-92 y 2017-242 solicitan la reliquidación de su asignación de retiro con base en una correcta aplicación de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el reconocimiento y pago del 20% adicional sobre el salario reconocido que sirvió de base para la liquidación de su asignación de retiro, la inclusión de la partida Prima de Navidad, dentro del expediente 2017-242 y reajustar la partida Subsidio Familiar en el **mismo monto devengado en actividad**, dentro del expediente 2017-112.

En lo que respecta al cálculo del 38.5% de la prima de antigüedad, considera el Despacho que esta debe efectuarse sobre el salario devengado y su respectivo incremento, y el valor así obtenido sumarse al 70% del salario inicial para de esta manera obtenerse la asignación de retiro del demandante, y no en la forma en que lo realizó la entidad demandada, que redujo la prima de antigüedad al aplicarle un 70% al 38.5% afectando doblemente dicha partida, motivo por el cual, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro de los actores, con la aplicación correcta de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En cuanto al reconocimiento del incremento del 20% adicional de la asignación básica, se observa que los demandantes ostentaron la condición de Soldados Voluntarios para el 31 de diciembre de 2000 y a partir del mes de noviembre del año 2003 pasaron a ser soldados profesionales, lo cual les da derecho a que su asignación de retiro se liquide con un salario mínimo legal incrementado en un 60%, no obstante, la asignación que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue la incrementada en un 40%, desconociéndose lo señalado en el artículo 1 inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual se ordenará la reliquidación de la pensión en el 20% faltante.

En lo atinente a las partidas Subsidio Familiar y Prima de Navidad, ambas eran percibidas en actividad por los demandantes HÉCTOR HUGO ROJAS y JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL, aunque cada uno de ellos reclama solo uno de esas partidas en mención, como se estableció en la fijación del litigio, respecto de la primera partida mencionada, y la segunda por orden legal de acuerdo con el estudio jurídico que se hizo al respecto, sin embargo, no fue tomada en cuenta para reconocer la asignación de retiro la prima de navidad, dentro del proceso 2017-242, en virtud de que las normas que regulan la materia así lo establecían,

y el subsidio familiar respecto del demandante HÉCTOR HUGO ROJAS, no fue tenido en cuenta en el mismo porcentaje reconocido en actividad, ya que percibía el 62.5% y en la asignación de retiro se reconoció en un 30%, razón por la cual, habrá de ordenarse su inaplicación para el caso concreto, a efectos de que sean computadas en la reliquidación.

Corolario de lo anterior, se accederá a las pretensiones de la demanda y se declararán no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad.

III. CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

Se ordenará el pago de las diferencias que resulten entre lo que se ha venido pagando y lo que aquí se ordena reconocer. Las sumas resultantes deberán ser actualizadas de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

IV. OTRAS DECISIONES

Sobre Costas

Teniendo en cuenta la nueva postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas³, según la cual, se deben valorar aspectos objetivos relacionados con su causación, tal como lo establece el Código General del Proceso; pues consideró el alto tribunal que una de las variaciones que introdujo el CPACA fue cambiar del criterio subjetivo que predicaba el CCA, al objetivo, y en ese entendido, en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

Considerando que en los presentes casos se decidieron asuntos de carácter laboral, cuya controversia fue de puro derecho, los cuales no causaron expensas

³ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 1300123330000130002201 (12912014), Sentencia del 7 de abril de 2016.
Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01(1706-15), Sentencia del 19 de enero de 2017.

que justifiquen la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio No 2016-23966 del 15 de abril de 2016 respecto del demandante FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA; del oficio No. 2016-84815 del 22 de diciembre de 2016 respecto del señor HÉCTOR HUGO ROJAS; y del oficio No. 2017-17018 del 31 de marzo de 2017 respecto del señor JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL, en cuanto negaron a los demandantes, la reliquidación de sus asignaciones de retiro.

SEGUNDO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA, desde el 31 de marzo de 2015, de la siguiente manera: *i)* Aplicar en su interpretación más favorable la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, descontando el porcentaje del 70% únicamente al factor de salario mensual y adicionando a dicho resultado el 38,5% de la prima de antigüedad y *ii)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

TERCERO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor HÉCTOR HUGO ROJAS, desde el 10 de mayo de 2015, de la siguiente manera: Incluir como factor de liquidación el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad, consistente en el 62.5%.

CUARTO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL, desde el 30 de

marzo de 2017, de la siguiente manera: *i)* Aplicar en su interpretación más favorable la fórmula establecida el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, descontando el porcentaje del 70% únicamente al factor de salario mensual y adicionando a dicho resultado el 38,5% de la prima de antigüedad. *ii)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, *iii)* Incluir como factor de liquidación la partida Prima de Navidad en un duodécima parte.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de los demandantes según el IPC de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y dar cumplimiento a estas decisiones en los términos de los artículos 192 y 195 ibídem.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte interesada, expídanse copias que sean solicitadas, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

La presente sentencia se notifica en estrados, conforme a lo preceptuado en el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011. Seguidamente, se le concede el uso de la palabra las partes e intervinientes para que se pronuncien al respecto, quienes manifestaron:

PARTE DEMANDANTE 2017-92: Se reserva el derecho de interponer el recurso de apelación.

PARTE DEMANDANTE 2017-112: Se reserva el derecho de interponer el recurso de apelación.

PARTE DEMANDANTE 2017-242: Se reserva el derecho de interponer el recurso de apelación.

PARTE DEMANDADA: Se reserva el derecho de interponer el recurso de apelación.

Acta de audiencia de inicial concentrada. Radicados:

500013333002-2017-00092-00

500013333002-2017-00112-00

500013333002-2017-00242-00

Demandantes:

FRANCISCO ANTONIO PALOMEQUE MENA; HÉCTOR HUGO ROJAS y JOSÉ WILLYAM PÉREZ LEAL

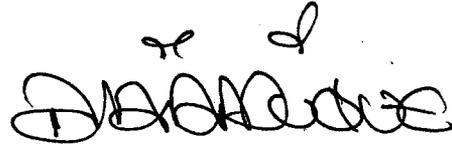
Demandada: CREMIL

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 02:45 p.m., y se firma por quienes en ella intervinieron. Se deja constancia que el DVD hace parte integral del acta.



LICETH ANGELICA RICAURTE MORA

Juez



LYDA TATIANA DUQUE LENIS

Apoderada del 2017-242



DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA

Apoderada Demandante



ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS

Apoderada CREMIL