

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
VILLAVICENCIO

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CONCENTRADA

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

FECHA: Veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ: Dra. LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	02:35 P.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 50001-33-33-002-2016-00458-00
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO ZAMBRANO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 29 días del mes de mayo del año dos mil dieciocho (2018), siendo las 2:00 p.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 dentro del presente 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: NATALIA ANDREA ARIZA AMADO identificada con C.C. 1.121.841.593 y T.P. 208.042 del C.S.J.

Parte demandada: ÁNGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS identificada con C.C. 30.083.380 y T.P. 119.524 del C.S.J.

Ministerio Público: NATALIA PAOLA CAMPOS SOSSA en calidad de Procuradora 205 Delegada ante este Despacho.

AUTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería a la Abogada Ángela del Pilar Ortiz Claros, para actuar como apoderada sustituta de la entidad demandada, en los términos del poder y memorial de sustitución que allega a la presente audiencia.

2. SANEAMIENTO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 180-5 y 207 de CPACA, el Juzgado deja constancia que revisado el expediente 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

Surtido el traslado de conformidad con el artículo 172 del CPACA, la entidad propuso la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, la cual pasa a decidir el Despacho en este momento.

SUSTENTO

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, en la cual se basa la caja para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro. Añade 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, con el mismo argumento.

TRÁMITE

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte actora por el término de tres (3) días (fol.100), sin que se hubiera pronunciado al respecto.

DECISIÓN

De entrada se anuncia que la excepción no tiene vocación de prosperidad, por las razones que se pasan a exponer:

Inicialmente, tiene que decirse que el caso debatido versa sobre la reliquidación de la asignación de retiro, la cual es de resorte exclusivo de CREMIL, de acuerdo con el Decreto 4433 de 2004, que en su artículo 16 consagró que le corresponde a dicha entidad, 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 tiene que el demandante se encuentra disfrutando de una asignación de retiro reconocida

por CREMIL, razón por la cual solicitó a dicha caja la reliquidación de su prestación como se pide en vía judicial, solicitud que fue negada por la entidad, mediante el acto administrativo demandado, y estas circunstancias configuran su legitimación en la causa para actuar en el presente caso.

Finalmente, 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 los 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 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".

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.

Acta de audiencia de inicial.

Radicado: 500013333002-2016-00458-00

Demandante: Luis Alberto Zambrano

Demandado: CREMIL

Así las cosas, se declara NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la cusa por pasiva, propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 180-7 del CPACA, y revisada la demanda y su respectiva contestación, procede el Despacho a la fijación del litigio, así:

Hechos que se encuentra probados y/o que fueron aceptados por las partes:

4.1. Hechos probados:

- El señor LUIS ALBERTO ZAMBRANO, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 19 de septiembre de 1991 y se desempeñó como tal hasta el 4 de diciembre de 1992; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 1° de abril de 1993 y hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 1° de julio de 2012 (fol. 40).
- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar (fol. 40).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución 3600 del 13 de junio de 2012, efectiva a partir del 30 de junio del mismo año, teniendo como partidas computables, el salario mensual en los términos del artículo 1 inciso primero del Decreto 1794 de 2000 y un 38.5% de la prima de antigüedad (fol. 36-37).
- Mediante derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2015, el demandante solicitó mediante apoderado 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 e incluyendo la partida subsidio familiar (fol. 25-32).
- La anterior petición fue despachada desfavorablemente mediante el Oficio No. 2015-62185 del 3 de septiembre de 2015 (fol. 24).

4.2. Pretensiones en litigio

Se declare la nulidad del acto administrativo antes señalado, a través del cual se decidió en forma desfavorable la solicitud elevada por el demandante, tendiente a obtener la reliquidación de su asignación de retiro. A título de restablecimiento del derecho, ordenar el reajuste de la asignación de retiro del señor LUIS ALBERTO ZAMBRANO, tomando como base de liquidación la asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%. Igualmente aplicar correctamente la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin afectar doble vez la partida Prima de Antigüedad e incluyendo la partida subsidio familiar.

4.3. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a establecer si al demandante en su calidad de Soldado Profesional ® le asiste el derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada tomando como base el sueldo básico fijado en un salario mínimo incrementado en un 60%, incluyendo la partida subsidio familiar, y si a su vez, la entidad se equivocó al aplicar la fórmula de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, afectando doble vez la partida Prima de Antigüedad. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

La señora Juez pregunta a las partes si existe ánimo conciliatorio, concediéndole la palabra inicialmente a la apoderada de la entidad, quien indica que en sesión del 18 de mayo de 2018, decidió no conciliar dentro del presente asunto, allega el acta en 2 folios. 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 180-10 del C.P.A.C.A., se procede a decretar y tener como tal las documentales aportadas con la demanda, obrantes a folios 24 a 50. Estos documentos hacen alusión a la Hoja de Servicios del demandante, el acto administrativo de reconocimiento de asignación de retiro, la petición elevada, el acto administrativo demandado, el certificado de partidas computables y monto de dicha prestación, certificado de haberes devengados en actividad en el mes de marzo de 2012 y copia de algunos desprendibles de nómina, a los cuales se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno.

7.2. Parte demandada

Allegó el expediente administrativo del demandante, que obra a folios 79 a 99.

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 el presente asunto es de puro derecho donde 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 reclama la demandante. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a cada una de las partes, comenzando por el demandante, continúa la demandada y por último, el Ministerio Público, 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.

Con la Ley 131 de 1985, las Fuerzas Militares contemplaron la posibilidad para los soldados regulares de seguir con la carrera militar, convirtiéndolos a su consideración en soldados voluntarios, dicha normatividad en su artículo 4 estableció especialmente que estos soldados devengarían una bonificación mensual que sería igual al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60 % del mismo salario.

Así mismo, con la expedición del Decreto 1793 de 2000, se les dio la alternativa a los soldados voluntarios de incorporarse como soldados profesionales, bajo la prerrogativa de que a estos les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en ese decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran para el momento de la incorporación.

No obstante, dicho Decreto en el artículo 38 facultó al Gobierno para que expediera el régimen salarial y prestacional, con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, siendo entonces expedido para tales efectos el Decreto 1794 de 2000 que específicamente en su artículo 1 prevé:

"ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. 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%). (Subrayado fuera de texto)

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.

Y posteriormente, el alto tribunal consideró que este criterio es aplicable igualmente a los Soldados Profesionales retirados que reclaman la reliquidación de su asignación de retiro, tal como lo dejó sentado la Susección A con ponencia del Doctor William Hernández Gómez, a través sentencia de fecha 9 de marzo de 2017 emitida dentro del proceso con radicado interno 2898-14.

En los anteriores términos queda claro para el Despacho que al demandante se le debió liquidar su asignación de retiro fijando la partida Asignación Básica en un salario mínimo legal mensual vigente incrementado 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.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la manera como se establece la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

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 (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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%

Acta de audiencia de inicial.

Radicado: 500013333002-2016-00458-00

Demandante: Luis Alberto Zambrano

Demandado: CREMIL

De la norma en comento, se tiene que los soldados profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplan 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, señala que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita, y a este resultado se debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, es decir, el 70% no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual.

Sobre la debida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya se pronunció en el sentido antes anunciado el Consejo de Estado, a través de la sentencia del 29 de abril de 2015, con ponencia del Doctor Gustavo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2015-00801-00.

Así las cosas, al liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe seguir los parámetros ya indicados, absteniéndose de afectar doble vez la partida Prima de Antigüedad, pues la norma no contempla esta posibilidad.

3. INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

El artículo 11 del Decreto No. 1794 de 2000, derogado por el artículo 1° 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.

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro, el artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, dispuso como factor computable el subsidio familiar para los Oficiales y Suboficiales de las FF.MM., sin embargo, el artículo 13 del citado decreto no lo incluyó en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, por cuanto determinó como partidas computable **únicamente el salario mensual y la prima de antigüedad**, expresando su párrafo que las partidas específicamente allí señaladas serían las únicas computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Sin embargo, 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.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 2011, reiteró su criterio sobre la igualdad de trato que debe darse respecto de aquellas personas que se encuentran en una misma situación, exaltando que para determinar si una norma es violatoria del principio de igualdad debe ser sometida a un test de razonabilidad para determinar si se justifica el trato desigual que consagra.

Asimismo, en un caso similar al que ahora se examina el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, en una sentencia de tutela de Octubre 17 de 2013, Rad: AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, aplicó el test de proporcionalidad a la norma que excluye como partida computable de los Soldados Profesionales el subsidio familiar concluyendo que *“a la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar 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.”*

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (Art. 4 C.P.), considera el Despacho que en el caso concreto, debe inaplicarse por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio de igualdad en cuanto impide tener el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al cual sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares.

Para el Despacho el trato diferenciado que excluye o limita el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, infringe el derecho a la igualdad y a la seguridad social, en la medida que no existe una justificación razonable para hacer tal distinción entre estos funcionarios y los Oficiales y Suboficiales, máxime cuando la finalidad del subsidio es socorrer al trabajador en consideración a sus ingresos, resultando desproporcionado que la partida sea tenida en cuenta sin variación alguna en el caso de quienes se encuentran en un rango salarial más alto, y no suceda lo mismo con los Soldados Profesionales quienes perciben un menor salario.

Inaplicada por inconstitucional esa diferencia de trato, no hay duda de que, por aplicación directa del mandato del artículo 13 constitucional, los Soldados Profesionales tienen derecho a que en la liquidación de su asignación de retiro se incluya como partida computable el subsidio familiar, en la misma forma que los demás miembros de las Fuerzas Militares.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte que el demandante solicita 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, así como la

inclusión de la partida subsidio familiar y el reconocimiento y pago del 20% adicional sobre el salario reconocido que sirvió de base para la liquidación de dicha prestación.

En lo que respecta a la debida forma en que se liquida la asignación conforme al artículo 16 citado, habiéndose dejado clara su correcta interpretación, se tiene que una vez verificado el Certificado de Partidas Computables obrante a folio 39, la entidad 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 la aplicó de manera equivocada, pues redujo dicha partida al aplicarle un 70% al 38,5%, afectándola doble vez, motivo por el cual se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor, 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 del demandante, se observa que el señor Luis Alberto Zambrano ostentó la condición de Soldado Voluntario para el 31 de diciembre de 2000, lo cual le da derecho a que su asignación de retiro se liquide fijado dicha partida en 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 en el 20% faltante.

En lo atinente a la partida Subsidio Familiar, esta era percibida en actividad por el demandante, como se estableció en la fijación del litigio, sin embargo, no fue tomada en cuenta para reconocer la asignación de retiro, en virtud de que el artículo 13 del Decreto 4433/04 no la contempla para la asignación de retiro, razón por la cual, habrá de ordenarse su inaplicación para el caso concreto, a efectos de que sea computada 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.

5. CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

La entidad condenada deberá efectuar los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar, como lo determinó el Consejo de Estado, al momento de unificar su posición sobre el tema objeto de debate.

Así mismo, 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:

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

6. 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 el presente caso se decidió un asunto de carácter laboral, cuya controversia fue de puro derecho, lo cual no causó expensas que justifiquen la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en este sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en el caso aquí estudiado, en cuanto al trato desigual definido en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio 2015-62185 del 3 de septiembre de 2015, en cuanto negó al demandante la reliquidación de su asignación de retiro.

TERCERO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la asignación de retiro del señor **LUIS ALBERTO ZAMBRANO** identificado con C.C. 79.613.560, desde el 30 de junio de 2012 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)* Incluir la partida subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad; y *iii)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

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.

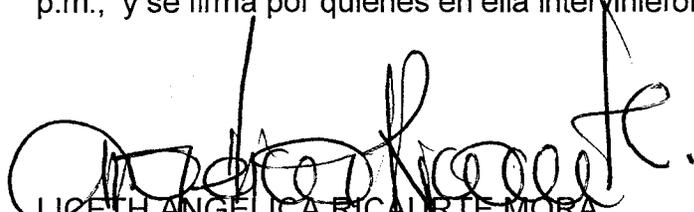
CUARTO: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor del demandante según el IPC de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y dar cumplimiento al presente fallo en los términos referidos en el artículo 192 ibídem.

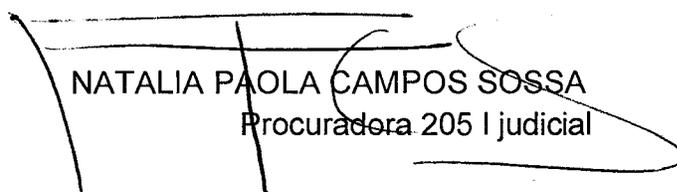
QUINTO: NO condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto.

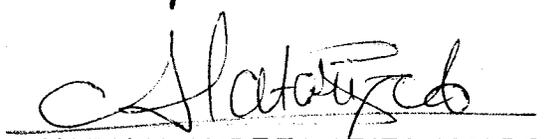
SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte interesada, expídanse copias que sean solicitadas del presente fallo, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia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

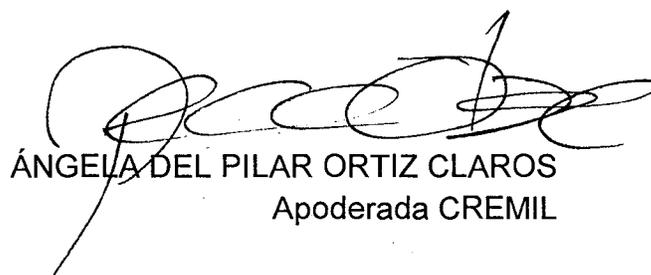
La presente sentencia se notifica en estrados, y la apoderada de la entidad manifiesta que hará uso del término legal para interponer recurso de apelación. En tanto que la parte actora y el Ministerio Público no interpusieron recursos.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 02:35 p.m., y se firma por quienes en ella intervinieron.


LICETH ANGELICA RICAURTE MORA
Juez


NATALIA PAOLA CAMPOS SOSSA
Procuradora 205 I judicial


NATALIA ANDREA ARIZA AMADO
Apoderada Demandante


ÁNGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS
Apoderada CREMIL