

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO 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 agosto de dos mil dieciocho (2018)

**JUEZ:** LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

<b>HORA DE INICIO:</b>	11:00 A.M	<b>HORA FINAL:</b>	11:40 A.M.
------------------------	-----------	--------------------	------------

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**EXPEDIENTES:** 50001-33-33-002-2017-00305-00  
 50001-33-33-002-2017-00345-00  
 50001-33-33-002-2017-00351-00  
 50001-33-33-002-2017-00352-00  
 50001-33-33-002-2017-00370-00  
 50001-33-33-002-2017-00378-00  
**DEMANDANTES:** LEONEL FRANCISCO ZAPATA PÁEZ  
 DAGOBERTO CORTÉS RODRÍGUEZ  
 FERNANDO LERMA VELASCO  
 EDUARDO SANTOS OSPINO PÉREZ  
 ENALBER VARGAS GÓMEZ  
 ERVIN FUENTES  
**DEMANDADO:** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 15 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho (2018), siendo las 11:00 a.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2014 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 proceso 2017-305:** ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ MORALES identificada con C.C. No. 40.328.967 y T.P. 216.086 del C.S.J.

**Parte demandante en los demás expedientes:** DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA identificada con C.C. No. 40.328.967 y T.P. 150.719 del C.S.J.

**Parte demandada en todos los expedientes:** LUIS EDMUNDO MEDINA MEDINA, identificado con C.C. No. 19.061.200 y T.P. 16.447 del C.S.J.

**Ministerio Público:** NATALIA PAOLA CAMPOS SOSSA en calidad de Procuradora 209 Delegada ante este Despacho.

#### ALTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería a la Abogada Andrea Carolina Díaz Neira para actuar como apoderada sustituta del demandante dentro del proceso 2017-305, y a la Abogada Diana Shirley Díaz Neira para actuar como apoderada sustituta de la parte actora en los procesos 2017-345, 2017-351, 2017-352, 2017-376 y 2017-378, en los términos de los memoriales que allegan a la presente audiencia. **Se notifica en estrados.**

#### 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 la excepción de prescripción en los expedientes 2017-345 y 2017-351, la cual, por estar ligada a la prosperidad de las pretensiones, será analizada con la sentencia. **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 2017-00305-00**

**4.1.1. Hechos probados:**

- El señor LEONEL FRANCISCO ZAPATA PÁEZ, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 32).
- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar, en cuantía del 62,5% del sueldo básico (fol. 32).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 3950 del 3 de junio de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año, incluyendo el sueldo básico, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fol. 86-87).
- Mediante derechos de petición radicados el 14 de octubre de 2016, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro aumentando la asignación básica en un 20%, con una correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con inclusión de la duodécima parte de la Prima de Navidad y del Subsidio Familiar en los términos del Decreto 3770 de 2009 (fol. 23 y 28).
- La entidad negó estas peticiones mediante los Oficios No. 2016-70433 del 24 de octubre de 2016 y 2016-73138 del 3 de noviembre hogaño (fol.25 a 26 y 30).

**4.2. Expediente 2017-00345-00**

#### **4.2.1. Hechos probados:**

- El señor DAGOBERTO CORTÉS RODRÍGUEZ, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 22 de mayo de 1996 y se desempeñó como tal hasta el 10 de noviembre de 1997; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 22 de noviembre de 1997 hasta el 1° de noviembre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 20 de septiembre de 2016 (fol. 34).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 5000 del 19 de julio de 2016, efectiva a partir del 20 de septiembre del mismo año (fol. 35-36).
- Mediante derecho de petición radicado el 21 de abril de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro incrementando la asignación básica en un 20%, absteniéndose de efectuar de manera doble la prima de antigüedad y con inclusión de la prima de navidad (fol. 29-31).
- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2017-22578 del 4 de mayo de 2017 (fol.32).

#### **4.3. Expediente 2017-00351-00**

##### **4.3.1. Hechos probados:**

- El señor FERNANDO LERMA VELASCO, 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 1° de septiembre de 1997 hasta el 1° de noviembre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 25 de julio de 2016 (fol. 35).

- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 4767 del 7 de julio de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año (fol. 35-36).
- Mediante derecho de petición radicado el 11 de agosto 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 y con inclusión de la prima de navidad (fol. 29-31).
- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2017-49507 del 22 de agosto de 2017 (fol.32-33).

**4.4. Expediente 2017-00352-00**

**4.4.1. Hechos probados:**

- El señor EDUARDO SANTOS OSPINO PÉREZ, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 3 de marzo de 1995 y se desempeñó como tal hasta el 31 de agosto de 1996; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 16 de septiembre de 1996 hasta el 1° de noviembre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 1° de julio de 2015 (fol. 36).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 4079 del 19 de mayo de 2015, efectiva a partir del 1° de julio del mismo año (fol. 37-38).
- Mediante derecho de petición radicado el 25 de mayo 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 y con inclusión de la prima de navidad (fol. 30-32).
- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2017-31301 del 7 de junio de 2017 (fol.33-34).

#### **4.5. Expediente 2017-00376-00**

##### **4.5.1. Hechos probados:**

- El señor ENALBER VARGAS GÓMEZ, 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 15 de septiembre de 1997 hasta el 1° de noviembre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 1° de julio de 2015 (fol. 36).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 3968 del 3 de junio de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año (fol. 37-38).
- Mediante derecho de petición radicado el 17 de noviembre de 2016, 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 y con inclusión de la prima de navidad (fol. 30-32).
- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2016-8526 del 6 de diciembre de 2016 (fol.33-34).

#### **4.6. Expediente 2017-00378-00**

##### **4.6.1. Hechos probados:**

- El señor ERVIN FUENTES, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 5 de julio de 1995 y se desempeñó como tal hasta el 29 de diciembre de 1996; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 15 de septiembre de 1997 hasta el 1° de noviembre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 25 de julio de 2016 (fol. 35).

- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 3726 del 24 de mayo de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año (fol. 37-39).
- Mediante derecho de petición radicado el 30 de enero 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 y con inclusión de la prima de navidad (fol. 2).
- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2017-3533 del 3 de febrero de 2017 (fol.32-33).

**4.7. 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, respecto de los expedientes 2017-345;351;352;376 y 378 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 e incluyendo la partida Prima de Navidad. En relación con el proceso 2017-305, se solicita además de lo pedido por los anteriores demandantes, la inclusión de la partida subsidio familiar en la misma proporción que devengaba en actividad.

**4.5. Problema Jurídico**

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 de acuerdo con los parámetros indicados en las pretensiones de cada demanda, tal como se indicó anteriormente. **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 al apoderado de la entidad, quien indica que en sesión

del 8 de agosto de 2018, decidió no conciliar dentro de los asuntos sujetos a estudio, allega las correspondientes actas. 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 23 a 36 del expediente **2017-305**; folios 29 a 37 del expediente **2017-00345**; folios 29 a 37 del expediente **2017-00351**, folios 30 a 39 del proceso **2017-00352**, folios 30 a 38 del expediente **2017-376** y folios 32 a 41 del proceso **2017-378**. En todos los 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, hoja de servicios y certificados de partidas computables, 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 79 a 92 del expediente **2017-00305**; folios 68 a 73 del expediente **2017-00345**; folios 69 a 86 del expediente **2017-00351-00**; folios 74 a 86 del proceso **2017-352**; folios 62 a 75 del expediente **2017-376** y

folios 76 a 82 del proceso **2017-378**, 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 ibídem, 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 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 expidiera 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 2016<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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%

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 Subsección 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 a los demandantes 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.

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 DE LA PRIMA DE NAVIDAD COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.**

El Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40% o 60% según el caso, una prima de antigüedad, una prima de servicio anual, una prima de vacaciones, una prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

En lo que respecta a la partida Prima de Navidad, la norma en cita 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.

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.

Por otra parte, en reglamentación de la Ley 923 de 2004 fue expedido el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, norma que en lo atinente a la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, como ya se indicó antes, solo contempla como partidas computables la asignación básica adicionada del 38.5% de la Prima de Antigüedad.

Caso distinto al de los Oficiales y Suboficiales, para quienes el artículo 13.1 sí incluyó la partida Prima de Navidad, entre otras.

Así las cosas, se tiene que de acuerdo con la normativa antes citada, a los Soldados Profesionales no se les tiene en cuenta la Prima de Navidad como partida computable para liquidar el monto de su asignación de retiro, a diferencia de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares, a quienes sí se les concede ese beneficio.

Esta diferencia no resulta constitucionalmente admisible entre servidores públicos que, por pertenecer todos a la Fuerza Pública merecen un mismo trato prestacional, en aplicación del principio de igualdad de trato que impone el artículo 13 superior.

Si bien es cierto que las tareas asignadas a los Soldados Profesionales no son las mismas que se asignan a los Suboficiales y Oficiales del Ejército, esta distinción en materia de funciones no justifica que a los Soldados Profesionales no se les otorgue el cómputo de la partida aludida en la asignación de retiro, pues la finalidad de la prima de navidad en uno y otro caso es la misma, sin importar la jerarquía que se tenga en la organización militar.

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 la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al cual sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares.

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 la Prima de Navidad, en la misma forma que los demás miembros de la Fuerza Pública.

**4. DE LA PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.**

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%, del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con el Decreto 1162 de 2014, considera el Despacho, con los mismos argumentos expuestos en el caso de la prima de navidad, 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.

## II. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte que los demandantes en los procesos 2017-345; 351; 352; 376 y 378 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, así como el reconocimiento y pago del 20% adicional sobre el salario que sirvió de base para la liquidación de dicha prestación y la inclusión de la partida Prima de Navidad. Por otro lado, en el expediente 2017-305 solicita, además de la correcta aplicación del artículo 16 ya mencionado, la inclusión de las partidas Subsidio Familiar en los mismo términos que se reconoce a oficiales y suboficiales, y la partida Prima de Navidad.

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 de los demandantes, 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 en los procesos ya señalados 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.

No pasa por alto el Despacho que en los expedientes 2017-345; 351, 376 y 378, la entidad con posterioridad al vencimiento del término de traslado de la demanda allegó actos administrativos por medio de los cuales decidió el recurso de reposición, interpuesto en contra de la resolución que incrementó este rubro en la asignación de retiro de los demandantes. Sin embargo, esta situación no genera para el Despacho certeza sobre la efectividad de la decisión adoptada con relación a las pretensiones incoadas en sede judicial, máxime cuando solo se aportó el acto que decidió el recurso de reposición interpuesto, en el cual se mostraban los demandantes inconformes con el reconocimiento en el sentido de que no se habían reconocido intereses e indexación sobre las diferencias que arrojaban los nuevos montos; aunado a lo anterior, los actos administrativos a los que hace mención la entidad fueron proferidos después de incoados estos medios de control y a la notificación del auto admisorio de la demanda, pues en la parte considerativa de los mismos, también se hace referencia al trámite judicial que cursaba en este Despacho. De esta manera, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, no era procedente el trámite que realizó la caja, pues el mismo debe entenderse como una revocatoria directa de los actos que son aquí acusados, por medio de los cuales la entidad en sede administrativa negó la petición, empero después cambia de decisión y procede a reconocer el derecho.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de las asignaciones de retiro de los actores, incrementando la partida asignación básica en un 20%, entendiendo que la correspondiente indexación opera de pleno derecho en virtud de lo normado por el artículo 187 del CPACA.

En lo atinente a la partida Prima de Navidad, esta era percibida en actividad por los actores, pues así lo dispone del Decreto 1794 de 2000, como se dejó sentado, sin embargo, no fue tomada en cuenta para reconocer la asignación de retiro en virtud de que las normas que regulan la materia así lo establecían, razón por la cual, habrá de ordenarse su inaplicación para los casos aquí estudiados, a efectos de que sean computadas en la reliquidación.

Finalmente, en lo relativo al Subsidio Familiar solicitado en el proceso 2017-305 se advierte que conforme a la hoja de servicios No 3-88201814 expedida por el Ejército Nacional el 03-05-2016 se puede observar que el señor Leonel Francisco Zapata Páez percibió el subsidio familiar en un 62.5%, sin embargo, la entidad accionada se abstuvo de tener en cuenta en el mismo porcentaje reconocido en actividad, ya que en la asignación de retiro se reconoció en un 30%, razón por la cual, habrá de ordenarse igualmente la inaplicación del Decreto 1162 de 2014 para el caso concreto, a efecto de que sea computada en la reliquidación en la misma cuantía que es reconocida para los oficiales y suboficiales de acuerdo con el Decreto 4433/04..

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

### III. PRESCRIPCIÓN

Como se había anunciado, teniendo en cuenta que la entidad propuso esta excepción en los expedientes 2017-345 y 2017-351, se analizará esta situación conforme a la prescripción cuatrienal.

Expediente	Demandante	Causación del Derecho	Petición	Prescripción
2017-00345	Dagoberto Cortés	20/09/2016	21/04/2017	No opera.
2017-00351	Fernando Lerma Velasco	25/07/2016	11/08/2017	No opera.

**IV. 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:

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

**V. Sobre Costas**

Teniendo en cuenta la postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas<sup>2</sup>, 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 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:**

<sup>2</sup> 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.

**PRIMERO:** Inaplicar por inconstitucional en todos los asuntos aquí analizados, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto al trato discriminatorio señalado. Igualmente, inaplicar el Decreto 1162 de 2014 en el caso del Leonel Francisco Zapata Páez.

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en los Oficios número 2016-70433 del 24 de octubre de 2016, 2016-73138 del 3 de noviembre de 2016; 2017-22578 del 4 de mayo de 2017; 2017-49507 del 22 de agosto de 2017; 2017-31301 del 7 de junio de 2017; 2016-80526 del 6 de diciembre de 2016 y 2017-3533 del 3 de febrero de 2017, suscritos por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante los cuales se negó a los demandantes sus solicitudes de reliquidación de asignación de retiro.

**TERCERO: CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar y pagar las asignaciones de retiro de los señores DAGOBERTO CORTÉS RODRÍGUEZ, FERNANDO LERMA VELASCO, EDUARDO SANTOS OSPINO PÉREZ, ENALBER VARGAS GÓMEZ Y ERVIN FUENTES, desde el momento en que fueron reconocidas, 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, *ii)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y *iii)* Incluir la partida Prima de Navidad en las mismas proporciones que se tiene en cuenta para los oficiales y suboficiales, conforme al artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

**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 LEONEL FRANCISCO ZAPATA PÁEZ, desde el momento en que fue reconocida, 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, *ii)* Incluir la partida Prima de Navidad en las mismas proporciones que se tiene en cuenta para los oficiales y suboficiales, conforme al artículo

13.1.8 del Decreto 4433 de 2004., *iii*) Incluir la partida Subsidio Familiar, conforme al artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004 y *iv*) Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

**QUINTO:** Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción en los expedientes 2017-00345 y 2017-00451.

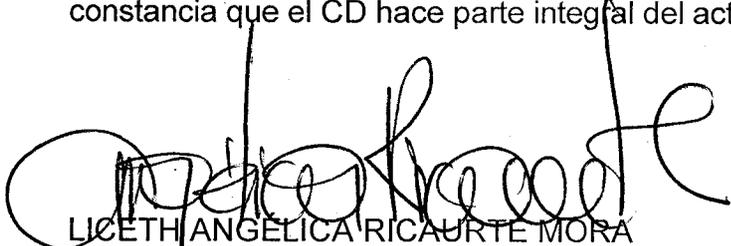
**SEXTO:** Sin condena en costas en todos los expedientes objeto de decisión.

**SÉPTIMO:** 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*.

**OCTAVO:** 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.

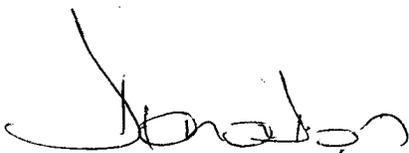
La presente sentencia se notifica en estrados, y las apoderadas demandantes no interpusieron recursos, al igual que el Ministerio Público. La entidad por su parte se reserva el derecho a apelar.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ 11:40 a.m., y se firma por quienes en ella intervinieron. Se deja constancia que el CD hace parte integral del acta.

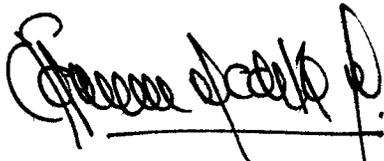
  
LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA  
Juez

  
NATALIA PAOLA CAMPOS SOSSA  
Procuradora 205 I judicial

Acta de audiencia de inicial concentrada. Radicados:  
500013333002-2017-00305-00  
500013333002-2017-00345-00  
500013333002-2017-00351-00  
500013333002-2017-00352-00  
500013333002-2017-00376-00  
500013333002-2017-00378-00  
Demandada: CREMIL



DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA  
Apoderada Demandante



LUIS EDMUNDO MEDINA MEDINA  
Apoderada Cremil



ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ MORALES  
Apoderada Demandante