

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: Veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ: LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

HORA DE INICIO:	10:15 A.M	HORA FINAL:	10:40 A.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2017-00249-00  
50001-33-33-002-2017-00314-00  
DEMANDANTES: FREDY PEÑA IBAGÓN  
NEIDER ELISEO GARZÓN REYES  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 22 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho (2018), siendo las 10:00 a.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 los dos expedientes:** DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA identificada con C.C. 40.325.472 y T.P. 150.719 del C.S.J.

**Parte demandada en todos los expedientes:** ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS con C.C. No. 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 las Abogadas Diana Shirley Díaz Neira y Ángela del Pilar Ortiz Claros, para actuar como apoderadas sustitutas de la parte actora y demandada, respectivamente, en los dos procesos aquí estudiados, 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, 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 2017-00249-00**

##### **4.1.1. Hechos probados:**

- El señor FREDY PEÑA IBAGÓN, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (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 Número 5519 del 5 de agosto de 2016, efectiva a partir del 20 de septiembre del mismo año, incluyendo el sueldo básico, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fol. 28-29).
- Mediante derecho de petición radicado el 22 de septiembre de 2016, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro, aumentando el porcentaje reconocido por la partida Subsidio Familiar, del 18,75% de la asignación básica, al 62,5% que devengaba en actividad (fol. 21 y 22).
- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2016-65748 del 3 de octubre de 2016 (fol.24).

## **4.2. Expediente 2017-00314-00**

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

- El señor NEIDER ELISEO GARZÓN REYES, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 29).
- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar, en cuantía del 62,5% del sueldo básico (fol. 29).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 660 del 9 de febrero de 2016, efectiva a partir del 30 de marzo del mismo año, incluyendo el sueldo básico, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fol. 31-33).

- Mediante derecho de petición radicado el 19 de enero de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro, aumentando el porcentaje reconocido por la partida Subsidio Familiar, del 18,75% de la asignación básica, al 62,5% que devengaba en actividad (fol. 22 y 23).
- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2017-1913 del 25 de enero de 2017 (fol.26).

#### **4.3. 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 la asignación de retiro de los actores, fijando la partida Subsidio Familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad.

La entidad se opone indicando que para el reconocimiento dio aplicación al Decreto 1162 de 2014, el cual indica que dicha partida debe hacer parte de la asignación de retiro pero en un porcentaje de 30% del sueldo básico, tal cual se efectuó mediante los actos que reconocieron ese derecho a los demandantes.

#### **4.4. 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 a la apoderada de la entidad a fin de que informe si el Comité de Conciliación presentó fórmula de arreglo para los presentes asuntos, quien indica que en sesión del 8 de agosto del 2018, decidió no conciliar dentro

del presente asunto, allega las correspondientes actas en un folio cada una. 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 21 a 29 del expediente **2017-249** y folios 22 a 34 del expediente **2017-00314**. 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 55 a 74 del expediente **2017-00249** y folios 52 a 66 del proceso **2017-314**, 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 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. INCLUSIÓN DE LA PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR, COMO COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

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, lo continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio activo.

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro, el artículo 5º 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

el párrafo del citado artículo que las partidas específicamente allí señaladas serían las únicas computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Posteriormente, fue expedido el Decreto 1162 de 2014, a través del cual se dispuso incluir en la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales, el Subsidio Familiar en un 30% del valor devengado en actividad, para aquellos que continuaron percibiendo dicha partida en los términos de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

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 este Juzgador que en el caso concreto, debe inaplicarse por inconstitucional el párrafo 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, en la misma cuantía devengada en actividad, 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.

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.

Así las cosas, en criterio de este Despacho, el Parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta inaplicable al caso concreto por contrariar el mandato constitucional de igualdad de trato, pues al negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, les ofrece un injustificado trato desigual frente al que se ofrece a los demás miembros de la Fuerza Pública en la misma materia.

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 la Fuerza Pública.

De otra parte, cuando se refiere a los eventos en los cuales la entidad demandada haya reconocido en la asignación de retiro el **subsidio familiar** en un 30% de lo devengado en actividad de conformidad con el Decreto 1162 de 2014, considera el Despacho, de acuerdo con los argumentos ya expuestos, 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**

Tal como se indicó en la etapa de fijación del litigio, se encuentra demostrado que los demandantes devengaban el Subsidio Familiar mientras se encontraban activos, en una cuantía equivalente al 62,5% del Sueldo Básico.

Sin embargo, en sus asignaciones de retiro les fue reconocida esta partida únicamente en un 30%, por lo cual, mediante sendos escritos radicados ante la entidad demandada, solicitaron el incremento en el mismo porcentaje devengado en actividad, pero la entidad resolvió negativamente dichas peticiones, aduciendo que el porcentaje reconocido se ajusta a lo dispuesto por el Decreto 1162 de 2014.

Establecido lo anterior y en concordancia con el marco normativo de estas consideraciones, es claro que la motivación de los actos acusados resultan contraria a derecho, habida cuenta de lo inconstitucional que resulta aplicar en la liquidación de la asignación de retiro de cada uno de los demandantes el párrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 concordante con el Decreto 1162 de 2014, en cuanto comporta un trato desigual injustificado frente a los Soldados Profesionales.

Por lo anterior, no prosperan las excepciones de mérito propuestas en la demanda, debiendo este Despacho declarar la nulidad de los actos acusados.

Como consecuencia de esa nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada el reconocimiento del Subsidio Familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro reconocida a los demandantes, de la misma forma como es tenida en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

## **III. PRESCRIPCIÓN**

Como se había anunciado, teniendo en cuenta que la entidad propuso esta excepción en los dos procesos, se analizará esta situación.

Expediente	Demandante	Causación del Derecho	Petición	Prescripción
2017-00249	Fredy Peña Ibagón	20/09/2016	22/09/2016	No opera.
2017-00314	Neider Eliseo Garzón Reyes	30/03/2016	19/01/2017	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>1</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.

<sup>1</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.

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:** Inaplicar por inconstitucionales en los asuntos aquí analizados, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el Decreto 1162 de 2014, en cuanto al trato discriminatorio señalado.

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en los Oficios número 2016-65748 del 3 de octubre de 2016 y 2017-1913 del 25 de enero 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 FREDY PEÑA IBAGÓN Y NIEDER ELISEO GARZÓN REYES, desde el momento en que fueron reconocidas, Incluyendo la partida Subsidio Familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad, conforme al artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004.

**CUARTO:** Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción en los dos expedientes analizados en la presente audiencia.

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

**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.

**PARTE ACTORA:** Conforme con la decisión.

**PARTE DEMANDADA:** Se reserva el derecho a apelar.

**MINISTERIO PÚBLICO:** Sin recursos.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 10:40 a.m., y se firma por quienes en ella intervinieron.



LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

Juez



DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA  
Apoderada Demandante



NATALIA PAOLA CAMPOS SOSSA  
Procuradora 205 I judicial



ÁNGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS  
Apoderada Cremil