

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO

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

FECHA: Cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

HORA DE INICIO:	09:30 A.M	HORA FINAL:	09:54 A.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2018-00283-00

DEMANDANTES: PEDRO FIDEL ALMANZA MAPE

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 5 días del mes de abril del año dos mil diecinueve (2019), siendo las 09:30 a.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, para tal efecto el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, bajo la dirección del señor Juez JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS, se constituye en audiencia pública y la declara abierta con el fin ya señalado:

1. ASISTENTES

Parte demandante: LYDA TATIANA DUQUE LENIS identificada con C.C. 1.121.826.907 y T.P. 234.163 del C.S.J.

Parte demandada: ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS con C.C. No. 30.083.380 y T.P. 119.524 del C.S.J.

AUTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería a las Abogadas Lyda Tatiana Duque Lenis y Ángela del Pilar Ortiz Claros, para actuar como apoderadas sustitutas de la parte actora y demandada, respectivamente, en los términos de los memoriales que allegan el día de hoy. **Se notifica en estrados.**

De igual forma se deja constancia de que no se hace presente la representante del Ministerio Público, sin embargo, dicha situación no es óbice para realizar la presente diligencia.

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

Advierte el Despacho que no hay excepciones previas que decidir, por cuanto no fueron propuestas por la entidad. **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. Hechos probados:

- El señor PEDRO FIDEL ALMANZA MAPE, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 25).
- Mientras se encontraba en actividad, devengaba la partida de Subsidio Familiar, en cuantía del 62,5% del sueldo básico (fol. 25).

- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 451 del 4 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. 26-27).
- Mediante derecho de petición radicado el 19 de septiembre de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro reajustando la partida Subsidio Familiar, incrementándola del 18,75% de la asignación básica, al 62,5% (fol. 21-23).
- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2017-60606 del 2 de octubre de 2017 (fol.24).

4.2. Pretensiones en litigio

Se declare la nulidad del acto administrativo relacionado anteriormente, que negó la petición tendiente a reliquidar la asignación de retiro del demandante, y a título de restablecimiento, ordenar el reajuste de dicha prestación incrementando el porcentaje de la partida Subsidio Familiar, al 62,5% de la asignación básica. Igualmente condenar en costas y agencias en derecho a la entidad.

4.3. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a establecer si el demandante en su calidad de Soldado Profesional ® le asiste el derecho a que su asignación de retiro le sea reliquidada incrementando la partida Subsidio Familiar en un 62,5% de la asignación básica. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

Se le pregunta a las partes si existe ánimo conciliatorio, concediéndole la palabra inicialmente a la apoderada de la entidad, quien indica que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial en Sesión del 15 de marzo de 2019 decidió no conciliar dentro del presente asunto, allega el acta en un (1) folio el cual se incorpora al expediente. 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 la demanda, obrantes a folios 21 a 29. Estos documentos hacen alusión a la petición elevada por el demandante 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 el expediente administrativo del demandante, obrantes a folios 57 a 86, a los cuales se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno.

El Despacho considera que con los medios de pruebas obrantes en el expediente, son suficientes para proferir una decisión de fondo, por lo que se abstendrá de decretar pruebas de oficio, además, porque las mismas no han sido tachadas.

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, 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.

INCLUSIÓN DE LA PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR, COMO COMPUTABLE PARA 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, 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.

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.

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.”*

Postura que sigue teniendo acogida, como se ve de una sentencia más reciente, esto es, la proferida el 27 de octubre de 2016, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 25000-23-42-000-2013-00143-01 (3663-14), C.P. **GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**, quien reitera el criterio, que a los Soldados Profesionales en virtud del principio de igualdad les asiste igual derecho de reconocérseles en la asignación de retiro el subsidio familiar, aunque ello signifique la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Siguiendo el criterio fijado por el Alto Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, pese a que el **GOBIERNO NACIONAL** solo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las **FUERZAS MILITARES**, excluyendo de tal beneficio a los Soldados Profesionales, en observancia al derecho de igualdad, es acertado inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, pues resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, siendo el sector más vulnerable, puesto que son los que más bajos ingresos tienen dentro de la Institución Militar.

Finalmente, es menester comentar que en el año 2014, el **GOBIERNO NACIONAL** expidió los Decretos 1161 y 1162 del 24 de junio de 2014. Con el primero se creó nuevamente el subsidio familiar a favor de aquellos Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las **FUERZAS MILITARES** que no consolidaron el derecho en vigencia del Decreto 3770 de 2009. En su artículo 5° dispuso que a partir de julio de 2014, el subsidio familiar se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e infantes de marina profesionales de dichas Fuerzas, equivalente al 70% del valor que devengue en actividad. Textualmente prescribe el artículo en cita:

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Con el Decreto 1162, el Ejecutivo consagró en un único artículo, que para el personal de los Soldados Profesionales que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá como partida computable para la liquidar la asignación de retiro, en el equivalente a un 30% de dicho valor. El tenor literal de la norma es el siguiente:

Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (Se resalta).

Aunque se haya reconocido el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro, cada vez que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplique un 30% sobre el porcentaje que percibía en servicio activo el Soldado profesional y/o Infante de Marina Profesional por concepto de subsidio familiar, en desarrollo del 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.**

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (*Art. 4 C.P.*), considera este Juzgador que en el caso concreto, deben inaplicarse por inconstitucionales, tanto el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como el Decreto 1162 de 2014, por ser violatorios 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.

II. CASO CONCRETO

Tal como se indicó en la etapa de fijación del litigio, se encuentra demostrado que el demandante devengaba el Subsidio Familiar mientras se encontraba activo, en una cuantía equivalente al 62,5% del Sueldo Básico.

Sin embargo, en su asignación de retiro le fue reconocida esta partida únicamente en un 30%, por lo cual, mediante escrito radicado ante la entidad demandada, solicitó el incremento en el mismo porcentaje devengado en

actividad, pero la entidad resolvió negativamente dicha petición, 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 jurídico de estas consideraciones, es claro que la motivación del acto acusado resulta contraria a derecho, habida cuenta de lo inconstitucional que resulta aplicar en la liquidación de la asignación de retiro del demandante el parágrafo 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 por la entidad, debiendo este Despacho declarar la nulidad del acto acusado.

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 al demandante, 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, sin perjuicio del descuento que por aportes sobre la mentada partida prevé el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

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:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación ordenada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Así mismo, estos valores devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

IV. SOBRE COSTAS

Teniendo en cuenta la postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas¹, 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, el cual no causó expensas que justifiquen la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: Inaplicar por inconstitucionales en el caso del señor PEDRO FIDEL ALMANZA MAPE, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 1 Decreto 1162 de 2014, en cuanto al trato discriminatorio señalado.

¹ 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.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción “*existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro*”, propuesta por CREMIL.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio número 2017-60606 del 2 de octubre de 2017, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó al demandante su solicitud de reliquidación de asignación de retiro.

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 PEDRO FIDEL ALMANZA MAPE, desde el momento en que fue reconocida, incluyendo la partida Subsidio Familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad, conforme al artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004.

QUINTO: Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reconocer y pagar a favor del señor PEDRO FIDEL ALMANZA MAPE, los dineros correspondientes a la diferencia entre lo que se ha venido cancelando y lo aquí ordenado, debidamente indexados, desde la fecha en que se reconocieron efectivamente su asignación de retiro, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: 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 del C.P.A.C.A. y atendiendo lo señalado en la parte considerativa.

NOVENO: La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos referidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DECIMO: 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

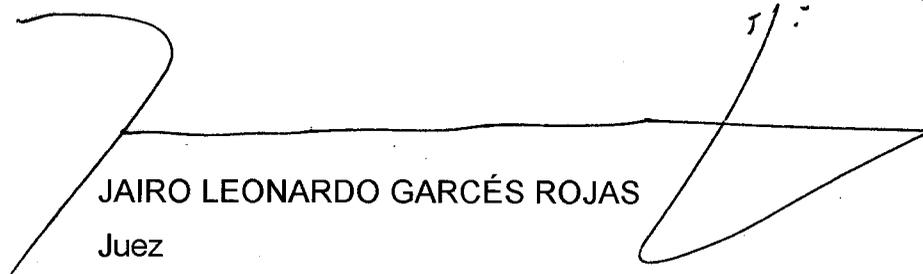
proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

La presente sentencia se notifica en estrados, conforme a lo preceptuado en el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

Parte actora: Se reserva el derecho de apelar dentro del término legal.

Parte demandada: Se reserva el derecho de interponer recurso de apelación.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 09:54 a.m.; se deja constancia de que el CD hace parte integral del acta, la cual se firma por quienes en ella intervienen, una vez leída y aprobada.



JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS
Juez



LYDA TATIANA DUQUE LENIS
Apoderada Demandante



ÁNGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS
Apoderada Cremil