

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: Doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

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

HORA FINAL:	10:12 A.M.
-------------	------------

MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 50001-33-33-002-2018-00341-00
DEMANDANTE: JHON FERNEY PATIÑO GONZÁLEZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 12 días del mes de abril del año dos mil diecinueve (2019), siendo las 9:30 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 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: DIEGO MAURICIO ESCOBAR OTALVARO con C.C. No. 9.730.564 y T.P. 192955 del C.S.J, como apoderado del demandante.

Parte demandada: ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS con C.C. No. 30.083.380 y T.P. 119.524 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para

actuar como apoderada sustituta de la entidad demandada, en virtud de los memoriales que allega a la presente diligencia.

Ministerio Público: No asistió la Procuradora 205 Judicial I Delegada ante este Despacho.

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. Acto seguido, se concede el uso de la palabra a los apoderados para que informen si observan la presencia de vicios que generen nulidad procesal, 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 art. 172 del C.P.A.C.A. la entidad accionada no propuso excepciones previas, ni alguna de las taxativamente señaladas en el artículo 180-6 ibídem, y en atención a que el Despacho tampoco vislumbra alguna que amerite ser decretada de oficio, se prosigue con el trámite de la presente diligencia. **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 contestación, procede el Despacho a la fijación del litigio.

4.1. Hechos probados

Asignación de retiro	Petición	A.A
Jhon Ferney Patiño González obtuvo asignación de retiro a partir del 31 de octubre de 2017, con subsidio familiar del 30% del Decreto 1162 de 2014 y prima de antigüedad en 38.5% conforme al art. 16 del Decreto 4433 de 2004 con la resolución No 7245 del 12 de septiembre de 2017 (fol. 16-17)	25 de abril de 2018 solicitó ante CREMIL reliquidación y reajuste de la asignación de retiro en las siguiente partidas computables: i) Prima de antigüedad teniendo en cuenta el total devengado en actividad y aplicando una tasa de reemplazo del 70% o en su defecto adicionando esta partida en un 38.5% del salario básico global sin causarle doble afectación; ii) subsidio familiar teniendo en cuenta el total devengado en actividad y aplicando una tasa de reemplazo del 70% y iii) prima de navidad, incluirla en una	En forma total el oficio No.2018-48043 del 11 de mayo de 2018 (fol. 19) En forma parcial la Resolución No 7245 del 12 de septiembre de 2017 (fol. 16-

	duodécima parte e indexadas las sumas antes exigidas (fol. 20-21)	17)
--	---	-----

4.2. Pretensiones en litigio

Se declare la nulidad de los actos administrativos antes individualizados, mediante los cuales se reconoció la prestación pensional y se negó la reliquidación de la asignación de retiro al demandante e inaplicar por inconstitucional el art. 13.2 y el párrafo del art. 13 del Decreto 4433 – prima de navidad; art. 16 del Decreto 4433 de 2004 – prima de antigüedad; y, art. 1 del Decreto 1162 de 2014 – Subsidio familiar. A título de restablecimiento del derecho, ordenar la reliquidación de la asignación de retiro, aplicando correctamente el cálculo establecido en la Ley 923 de 2004, en su defecto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluir la doceava parte de la prima de navidad y, ajustar el subsidio familiar a la cuantía que recibía en servicio activo.

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 de acuerdo con los parámetros indicados en las pretensiones de la demanda, tal como se indicó anteriormente.

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

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

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

Se deja constancia de que se allegó acta de no conciliación, en tres folios.

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 obrante a folios 16 a 23, estos documentos hacen alusión a la petición elevada por el demandante y su correspondiente respuesta (acto demandado), resolución de reconocimiento de asignación de retiro y hoja de servicios, entre otros, 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 integra el expediente administrativo del demandante obrantes a folios 80 a 83, 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 prueba obrantes son suficientes para proferir una decisión de fondo, por lo que se abstendrá de decretar pruebas de oficio.

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. **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, de los cuales queda registrado 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. 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 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.

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

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

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

En relación con lo anterior, 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.”

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 que dicha norma resulta discriminatoria por cuanto en la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales, el artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión de la partida de subsidio familiar en **el mismo monto devengado en actividad.**

En lo que respecta a la partida **Prima de Navidad**, el Decreto 1794 de 2000 ordenó en su artículo 5 que dicha prestación equivale al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual es cancelada en el mes de diciembre de cada año y proporcionalmente en razón a una duodécima parte por cada mes completo de servicio, en caso de no laborar el año completo. No obstante lo anterior, como ya se ha dicho, el Decreto 4433 de 2004 no contempla esta partida para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, caso distinto al de los Oficiales y Suboficiales, para quienes el artículo 13.1 sí la incluyó.

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

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (Art. 4 C.P.), considera el Despacho que en el caso concreto, deben inaplicarse por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio de igualdad en cuanto impide tener el subsidio familiar y la prima de navidad, como partidas computables en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y/o Infantes de Marina Profesionales, a las cuales sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares.

Para el Despacho el trato diferenciado que excluye o limita estas partidas como computables para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y/o Infantes de Marina 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 de esas partidas es socorrer al trabajador en consideración a sus ingresos, resultando desproporcionado que sean tenidas en cuenta en el caso de quienes se encuentran en un rango salarial más alto, y no suceda lo mismo con los Soldados Profesionales y/o Infantes de Marina 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 y/o Infantes de Marina Profesionales tienen derecho a que en la liquidación de su asignación de retiro se incluyan estas partidas, en la misma forma que los demás miembros de las Fuerzas Militares.

II. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte que el demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro, con fundamento en el derecho fundamental de igualdad, en razón a éste, pide que su prima de antigüedad sea ajustada a la misma cifra que devengaba en servicio activo - 58.5% del sueldo básico, en su defecto, adicionando esta partida en un 38.5% del salario básico global sin causarle doble afectación; también exige que el subsidio familiar se le aplique el derecho a la igualdad, para lo cual solicita ser reajustado al mismo monto devengado en actividad, con una tasa de reemplazo del 70%; por último, vuelve a pedir aplicación del derecho de igualdad, tendiente a que se incluya como partida computable en su asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad.

En cuanto a la primera partida computable que se exige judicialmente reajustar, correspondiente a la llamada Prima de Antigüedad, manteniendo la lealtad procesal e igualdad de partes, el despacho no tienen elementos y/o medio de prueba que demuestre la vulneración del derecho fundamental de igualdad, menos, que la entidad demandada este contraviniendo la Ley 923 de 2004, aunque sea incisivo en su concepto de violación, todo lo contrario, la misma jurisprudencia plasmada en el libelo por la parte demandante, enseña la correcta

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

En lo atinente a las partidas Subsidio Familiar y Prima de Navidad, ambas eran percibidas en actividad por el demandante Jhon Ferney Patiño González;; respecto de la primera partida mencionada, y la segunda por orden legal de acuerdo con el estudio jurídico que se hizo al respecto, sin embargo, no fue tomada en cuenta para reconocer la asignación de retiro la prima de navidad, en virtud de que las normas que regulan la materia así lo establecían; y el subsidio familiar, no fue tenido en cuenta en el mismo porcentaje reconocido en actividad, ya que percibía el 62.5% y, en la asignación de retiro se reconoció en un 30%, razón por la cual, habrá de ordenarse su inaplicación para el caso concreto, a efectos de que sean computadas en la reliquidación.

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

III. PRESCRIPCIÓN

Aunque la entidad demandada se hubiere abstenido de proponer la prescripción, el Despacho en forma oficiosa y conforme al artículo 187, declarará que este fenómeno jurídico no se configuró, en razón a que con la Resolución No 7245 del 12 de septiembre de 2017 reconoció la asignación de retiro, posteriormente, el día 25 de abril de 2018 se solicitó ante CREMIL la reliquidación, siendo impetrado el medio de control el 24 de agosto de esa misma anualidad.

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:

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

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.

V. 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 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.

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.

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 DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional los artículos 13 del Decreto 4433 de 2004 y 1° del Decreto 1162 de 2014, en cuanto al trato desigual definido en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente sentencia.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD en forma total del oficio No.2018-48043 del 11 de mayo de 2018 (fol. 19) y en forma parcial la Resolución No 7245 del 12 de septiembre de 2017 (fol. 16-17) suscritos por la Coordinadora Grupo de Centro Integral de Servicios al Usuario y el Director General de CREMIL, en cuanto negó al demandante, la reliquidación de su 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 Jhon Ferney Patiño González, desde el 31 de octubre de 2017, 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 como factor de liquidación el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad; y *iii)* Incluir igualmente la partida Prima de Navidad en una duodécima parte.

QUINTO: Declarar no configurado el fenómeno de prescripción.

SEXTO: Sin condena en costas.

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

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

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

RECURSOS

PARTE DEMANDANTE: Conforme.

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

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 10:12 a.m., y se firma por quienes en ella intervinieron. Se deja constancia que el DVD hace parte integral del acta.

JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

Juez

ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS

Apoderada CREMIL

DIEGO MAURICIO ESCOBAR OTALVARO

Apoderado Demandante