

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: Veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	03:02 P.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2018-00112-00

50001-33-33-002-2018-00147-00

50001-33-33-002-2018-00227-00

DEMANDANTES: ENEIL MATUTE YARURO

JOSÉ BERLÍN CORTES CASIERRA

OMAR JOSÉ SÁNCHEZ

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 28 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve (2019), siendo las 2:00 p.m., se procede a llevar a cabo la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 de manera concentrada, teniendo en cuenta que los procesos versan sobre el mismo asunto, 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 en el expediente 2018-112: DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA con C.C. No. 40.325.472 y T.P. 150.719 del C.S.J, a quien se le reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta, en virtud del memorial de sustitución que allega a la diligencia.

Parte demandante en los expedientes 2018-147 y 2018-227: WILLIAMS TELLEZ FAJARDO con C.C. No. 11298267 y T.P. 72599 del C.S.J, a quien se le reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto, en virtud de los memoriales de sustitución que allega a la diligencia.

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., 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, tampoco el apoderado de CREMIL, pero luego llegó la apoderada.

AUTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería a la Abogada DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA, para actuar como apoderada sustituta de la parte actora en el expediente - 2018-112, en virtud del memorial que llegó a la presente audiencia. Igualmente, se reconoce personería al abogado WILLIAMS TELLEZ FAJARDO, para actuar en calidad de apoderado sustituto dentro de los procesos 2018-147 y 2018-227, en virtud del memorial de sustitución que allega a la diligencia. Por último, se reconoce personería a la abogada ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS como apoderada sustituta de la entidad demandada en todos los procesos, conforme a los memoriales poder de sustitución que aporta en la presente audiencia inicial concentrada.

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

Revisadas las contestaciones de las demandas, advierte el Despacho que la entidad propuso la excepción de prescripción, salvo en el expediente 2018-147, la cual será decidida con el fondo del asunto por estar ligada a la prosperidad de las pretensiones. Por otra parte, tampoco se advierte la configuración de alguna que amerite ser decretada de oficio, razón por la cual se continúa con el trámite de la presente audiencia. **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

Se deja constancia de la asistencia de la apoderada sustituta de CREMIL.

Proceso	Vinculación	Petición	A.A
2018-112	Eneil Matute Yaruro se vinculó al Ejercito como soldado voluntario desde el 17 de julio de 1995 y hasta el 31 de octubre de 2003, luego fue nombrado como Soldado Profesional hasta el 31 de marzo de 2015 por tener derecho a la asignación de retiro (fol. 25)	1 de noviembre de 2017 solicitó ante CREMIL reajuste la asignación de retiro conforme al inciso segundo del art. 1 del Decreto 1794 de 2000 - 20%, correcta aplicación del art. 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluir la doceava 1/12 parte de la prima de navidad (fol. 17-19)	Oficio No.2017-75332 del 24 de noviembre de 2017 (fol. 21-22)
2018-147	José Berlín Cortes Casierra se vinculó al Ejercito como soldado voluntario desde el 1 de octubre de 1998 y hasta el 13 de agosto de 2003, luego fue nombrado como Infante de Marina Profesional hasta el 23 de mayo de 2017 por tener derecho a la	12 de diciembre de 2017 solicitó ante CREMIL reajuste la asignación de retiro conforme al inciso segundo del art. 1 del Decreto 1794 de 2000 - 20%, correcta aplicación del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, incluir la doceava parte de la prima de navidad y ajustar el subsidio	Oficio No.2017-83979 del 21 de diciembre de 2017 (fol. 18-19)

	asignación de retiro (fol. 23 y 61)	familiar a la misma cuantía que percibía cuando estaba en servicio activo (fol. 13-16)	
2018-227	Omar José Sánchez se vinculó al Ejército como soldado voluntario desde el 01 de febrero de 1998 y hasta el 31 de octubre de 2003, luego fue nombrado como Soldado Profesional hasta el 30 de diciembre de 2016 por tener derecho a la asignación de retiro (fol. 31)	12 de diciembre de 2017 solicitó ante CREMIL reajuste la asignación de retiro conforme al inciso segundo del art. 1 del Decreto 1794 de 2000 - 20%, correcta aplicación del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, incluir la doceava parte de la prima de navidad y ajustar el subsidio familiar a la misma cuantía que percibía cuando estaba en servicio activo (fol. 14 a 17)	Oficio No. 2017-84006 del 21 de diciembre de 2017 (fol. 18-19)

4.2. 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 sus asignaciones de retiro, incrementando la asignación básica en un 20%, salvo en el expediente 2018-112, y aplicando correctamente el cálculo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluir la doceava parte de la prima de navidad, además de lo anterior, en los expedientes 2018-147 y 2018-227 ajustar el subsidio familiar a la cuantía que recibían en servicio activo.

4.3. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a establecer si a los demandantes en su calidad de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional ® 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.

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 concedió un día para allegar las actas de 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 17 a 27 del expediente **2018-00112-00**; folios 12 a 38 del expediente **2018-00147-00** y folios 13 a 34 del expediente **2018-00227-00**. En los tres 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 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 integran los expedientes administrativos de los demandantes obrantes a folios 54 a 64 del expediente **2018-00112-00**; folios 60 a 84 del expediente **2018-00147-00** y folios 72 a 127 del expediente **2018-00227-00**, 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. **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 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.

I. 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 inciso segundo 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)

El H. CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación de la Sección 2ª, proferida el 25 de agosto de 2016, radicado No 850001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE- SUJ2-003-16, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ¹, después de hacer un recuento normativo sobre el régimen prestacional y salarial de los Soldados Profesionales que se vincularon a partir del 1º de enero de 2001 y los que estaban vinculados como Soldados Voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a denominarse Soldados Profesionales con la expedición del Decreto 1793 de 2000, dictaminó que fue el mismo Decreto 1794 de 2000, reglamentario del primero, que dispuso conservar para estos últimos, en respeto de los derechos adquiridos, el monto del salario que estaban percibiendo cuando eran Soldados Voluntarios en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sin que importe el hecho que con la nueva normatividad entraran a percibir beneficios adicionales, en otras palabras, se estableció una especie de régimen de transición en materia salarial. Textualmente dijo:

“(…)

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,² en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,³ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “*bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%*”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de

¹ 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%

² Ib.

³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁴ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁶ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁷ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793⁸ y 1794⁹ de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.¹⁰

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹¹ les respeta a los soldaos voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹² esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,¹³ sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario

⁴ Ib.

⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁶ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁷ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ Ib.

⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹³ Ib.

1794 de 2000¹⁴ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
(...)

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁵ es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁶ y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁷ a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁸ les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%. (Se resalta).

En este orden de ideas, los Soldados Profesionales que antes del 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como Soldados Voluntarios, tienen derecho en los términos del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Ley 1794 de 2000, a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%, conclusión que se deriva de la literalidad de la norma en mención y de la aplicación del principio de respeto a los derechos adquiridos, porcentaje que se debe tener en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro.

En los anteriores términos queda claro para el Despacho que a los demandantes se les debió liquidar su asignación de retiro fijando la partida Asignación Básica en un salario mínimo legal mensual vigente incrementada en un 60% y no en un 40% como lo hizo la entidad accionada, salvo en el proceso 2018-112.

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 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

¹⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Ib.

¹⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁷ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

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, se debe ordenar la reliquidación de la asignación de retiro en la forma que la ley lo establece, esto es, aplicando el 70% al salario básico y adicionando un 38.5% sobre la prima de antigüedad para los señores Eneil Matute Yaruro, José Berlín Cortes Casierra y Omar José Sánchez.

3. 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, salvo en el expediente 2018-112, 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 el mencionado decreto, continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio activo.

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro, el artículo 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% (2018-147), 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 5º 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** (en los tres procesos), 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 (2018-147 y 2018-227), 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 los demandantes 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, la inclusión de la Prima de Navidad – doceavas partes, el reconocimiento y pago del 20% adicional sobre el salario reconocido que sirvió de base para la liquidación de su asignación de retiro, salvo en el expediente No 2018-112, e incrementar la partida Subsidio Familiar en el **mismo monto devengado en actividad**, dentro de los expedientes 2018-147 y 2018-227.

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 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 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 ostentaron la condición de Soldados Voluntarios para el 31 de diciembre de 2000 y a partir del mes de agosto del año 2003 para el expediente 2018-147 y del mes de noviembre de la anualidad antes mencionada, dentro del expediente 2018-227, pasaron a ser Infantes de Marina Profesionales y/o 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 para los procesos 2018-147 y 2018-227. Con lo precedente, el Despacho da respuesta al argumento presentado en la contestación del libelo, cuando indican que el Ministerio de Defensa Nacional complemento la hoja de servicios de los demandantes en cita, por tal motivo procedieron a expedir la Resolución No 6051 del 1 de marzo de 2018 a favor de José Berlín Cortés Casierra y la Resolución No 3700 del 18 de enero de 2018 a favor del señor Omar José Sánchez, visibles a folio 83-84

dentro del expediente 2018-147 y folios 123-125 dentro del expediente 2018-227 respectivamente. Además, esos actos administrativos se profirieron posteriormente a los actos hoy acusados ante esta jurisdicción, aunado a que desconocen la exigencia de los conceptos denominados: intereses de mora e indexación de los reajuste retroactivos.

En lo atinente a las partidas Subsidio Familiar y Prima de Navidad, ambas eran percibidas en actividad por los demandantes Eneil Matute Yaruro, José Berlín Cortes Casierra y Omar José Sánchez, aunque el primero de los mencionados se abstuvo de reclamarla, como se estableció en la fijación del litigio; 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, dentro de los procesos objeto de esta audiencia concentrada, en virtud de que las normas que regulan la materia así lo establecían; y el subsidio familiar respecto del demandante José Berlín Cortes Casierra y Omar José Sánchez, no fue tenido en cuenta en el mismo porcentaje reconocido en actividad, ya que percibían el 62.5% y en la asignación de retiro del expediente 2018-147 y 2018-227 se reconoció en un 30%, aunque en este último¹⁹, se le hubiere declaró inicialmente en el acto administrativo de reconocimiento el estado civil de soltero, por lo que no fue reconocida, 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

Abordará el Despacho este punto de acuerdo con lo planteado en la contestación de la demanda dentro de los procesos 2018-112 y 2018-227, asimismo se resolverá en forma oficiosa en el expediente 2018-147.

Así las cosas, en aplicación de la prescripción cuatrienal, conforme a los lineamientos jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes señalada, éste fenómeno jurídico no se configuró

¹⁹ Resolución No 5101 del 23 de junio de 2017 – Por la cual ordena la inclusión de la partida de subsidio familiar y se adiciona la Resolución No 145 del 28 de febrero de 2017, dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional (r)del Ejército Omar José Sánchez

en ninguno de los tres procesos objeto de esta audiencia concentrada, debido a la siguiente información:

Proceso	Reconocimiento de la asignación de retiro	Solicitud ante CREMIL	Radicó demanda	Prescripción
2018-112	23-01-2015	01-11-2017	11-04-2018	No operó
2018-147	21-06-2017	12-12-2017	03-05-2018	No operó
2018-227	28-02-2017	12-12-2017	15-06-2018	No operó

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 costas²⁰, según la cual,

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 1300123330000130002201 (12912014), Sentencia del 7 de abril de 2016.

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 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 los casos aquí estudiados dentro del expediente 2018-147 y 2018-227, 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 del acto administrativo contenido en el oficio No 2017-75332 del 24 de noviembre de 2017 (fol. 21-22) respecto del demandante **ENEIL MATUTE YARURO (2018-112)**; oficio No 2017-83979 del 21 de diciembre de 2017 (fol. 18-19) respecto del demandante **JOSÉ BERLÍN CORTES CASIERRA (2018-147)** y, oficio No 2017-84006 del 21 de diciembre de 2017 (fol. 18-19) respecto del demandante **OMAR JOSÉ SÁNCHEZ (2018-227)**, todos suscritos por la Coordinadora Grupo de Centro Integral de Servicios al Usuario, en cuanto negaron a los demandantes, la reliquidación de sus asignaciones 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 **ENEIL MATUTE YARURO**, desde el 31 de marzo de 2015, 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 y *ii)* Incluir la partida Prima de Navidad en un duodécima parte.

QUINTO: 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 **JOSÉ BERLÍN CORTES CASIERRA**, desde el 23 de agosto 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)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, *iii)* Incluir como factor de liquidación el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad; y *iv)* Incluir igualmente la partida Prima de Navidad en una duodécima parte.

SEXTO: 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 **OMAR JOSÉ SÁNCHEZ**, desde el 30 de marzo 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)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, *iii)* Incluir como factor de liquidación el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad; y *iv)* Incluir igualmente la partida Prima de Navidad en una duodécima parte.

SÉPTIMO: Declarar no configurado el fenómeno de prescripción en ninguno de los tres procesos.

OCTAVO: Sin condena en costas.

NOVENO: 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.

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

UNDÉCIMO: 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 2018-112: Pidió aclarar cuál es la norma aplicar en cuanto a la prima de navidad, procedió el Despacho responder que la consagrada en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. La abogada afirma estar conforme con las dos decisiones

PARTE DEMANDANTE 2018-147: Sin recurso

PARTE DEMANDANTE 2018-227: Sin recursos

PARTE DEMANDADA: Se reserva interpone recurso de apelación conforme la Ley 1437 de 2011.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 03:02 p.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



WILLIAMS TELLEZ FAJARDO
Apoderado Demandante



DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA
Apoderado Demandante



ANGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS
Apoderada CREMIL