

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: Veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	02:32 P.M.
-----------------	-----------	-------------	------------

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-2018-00297-00
50001-33-33-002-2018-00298-00
50001-33-33-002-2018-00320-00

DEMANDANTES: JHON FREDDY FIGUEROA
WILLIAM ALFONSO CARABALLO
FREDIS MARTÍN GÓMEZ PULIDO

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 26 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve (2019), siendo las 02:00 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 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: 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 Diana Shirley Díaz Neira y Ángela del Pilar Ortiz Claros para actuar como apoderadas sustitutas de la parte actora y demandada, respectivamente, en todos los procesos objeto de la presente audiencia, en los términos de los memoriales que allegan el día de hoy. **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

Únicamente en el expediente 2018-320 la entidad propuso la excepción de prescripción, la cual será decidida con la sentencia por estar ligada a la prosperidad de las pretensiones. **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 2018-00297-00

4.1.1. Hechos probados:

- El señor JHON FREDDY FIGUEROA, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 28).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 550 del 8 de febrero de 2016, efectiva a partir del 30 de marzo del mismo año, incluyendo el sueldo básico y la prima de antigüedad (fol. 29-30).
- Mediante derecho de petición radicado el 31 de octubre de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro absteniéndose de efectuar doble descuento sobre la prima de antigüedad, y con inclusión de la prima de navidad (fol. 22-24).
- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2017-74668 del 22 de noviembre de 2017 (fol. 25-26).

4.2. Expediente 2018-00298-00

4.2.1. Hechos probados:

- El señor WILLIAM ALFONSO CARABALLO, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 27).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 2327 del 17 de marzo de 2015, efectiva a partir del 10 de mayo del mismo año, incluyendo el sueldo básico y la prima de antigüedad (fol. 28-29).
- Mediante derecho de petición radicado el 16 de noviembre de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro absteniéndose de efectuar doble descuento sobre la prima de antigüedad, y con inclusión de la prima de navidad (fol. 21-23).

- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2017-78991 del 7 de diciembre de 2017 (fol.24-25).

4.3. Expediente 2018-00320-00

4.3.1. Hechos probados:

- El señor FREDIS MARTÍN GÓMEZ PULIDO, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 31-32).
- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 3846 del 31 de mayo de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año (fol. 33-35).
- Mediante derechos de petición radicados el 28 de noviembre de 2016 y el 7 de noviembre de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro absteniéndose de efectuar doble descuento sobre la prima de antigüedad, e incluyendo la partida prima de navidad, respectivamente. (fol. 22-24 y 27-28).
- La entidad negó estas solicitudes, a través de los Oficios 2016-80662 del 7 de diciembre de 2016 y 2017-73712 del 20 de noviembre de 2017, respectivamente (fol.25-26 y 29).

4.4. 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, aplicando correctamente el cálculo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluyendo la partida Prima de Navidad.

4.5. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a establecer si a los demandantes en su calidad de Soldados Profesionales ® les asiste el derecho a que su asignación de retiro

le sea reliquidada de acuerdo con los parámetros indicados en las pretensiones de cada demanda, tal como se indicó anteriormente. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

5. POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

Se le pregunta a las partes si existe ánimo conciliatorio, concediéndole la palabra inicialmente al apoderado de la entidad a fin de que informe si el Comité de Conciliación presentó fórmula de arreglo para el presente litigio, quien indica que en sesión del 15 de marzo de 2019, decidió no conciliar dentro de los asuntos sujetos a estudio, allega los conceptos en seis (6) folios. 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 22 a 31 del expediente **2018-00297**, folios 21 a 30 del proceso **2018-00298** y folios 22 a 35 del expediente **2018-00320**. En todos los expedientes estos documentos hacen alusión a la petición elevada por los demandantes y su correspondiente respuesta (actos demandados), 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 51 a 56 del expediente **2018-00297**, folios 59 a 68 del proceso **2018-00298**, y folios 53 a 60 del expediente **2018-00320**, 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 es suficiente para proferir una decisión de fondo, por lo que se abstendrá de decretar pruebas de oficio, además que con los medios de prueba obrantes en la foliatura no han sido tachados.

El auto de pruebas, se notifica en estrados. Sin recursos.

8. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En razón a lo señalado en el inciso final del artículo 180 del CPACA, el Despacho prescindirá de la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 ibídem, al considerar que en estos asuntos no es necesario el decreto y practica de más pruebas que las que ya obran en el expediente, con ellas se puede decidir sobre el derecho que reclaman los demandantes. **Se notifica en estrados. Sin recursos.**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a cada una de las partes, comenzando por el demandante, continúa la demandada y por último, el Ministerio Público, de los cuales queda registró en el video. Escuchados los alegatos de las partes, procede el Despacho a dictar sentencia oral que en derecho corresponde, en los siguientes términos:

10. SENTENCIA.

En consecuencia para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos según lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA: i) análisis jurídico y jurisprudencial de los temas en discusión y ii) caso concreto.

1. LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la manera como se establece la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De la norma en comento, se tiene que los soldados profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplan 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, señala que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita, y a este resultado se debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, es decir, el 70% no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual.

Sobre la debida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya se pronunció en el sentido antes anunciado el Consejo de Estado, a través de la sentencia del 29 de abril de 2015, con ponencia del Doctor Gustavo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2015-00801-00.

Así las cosas, al liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe seguir los parámetros ya indicados, absteniéndose de afectar doble vez la partida Prima de Antigüedad, pues la norma no contempla esta posibilidad.

2. INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE NAVIDAD COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

El Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el

derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40% o 60% según el caso, una prima de antigüedad, una prima de servicio anual, una prima de vacaciones, una prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

En lo que respecta a la partida Prima de Navidad, la norma en cita ordenó en su artículo 5 que dicha prestación equivale al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual es cancelada en el mes de diciembre de cada año y proporcionalmente en razón a una duodécima parte por cada mes completo de servicio, en caso de no laborar el año completo.

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

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

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

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

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

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

Bajo estas consideraciones, y en virtud de la primacía de la Constitución (*Art. 4 C.P.*), considera el Despacho que en el caso concreto, debe inaplicarse por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio de igualdad en cuanto impide tener la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al cual sí tienen derecho los demás miembros de las fuerzas militares.

Inaplicada por inconstitucional esa diferencia de trato, no hay duda de que, por aplicación directa del mandato del artículo 13 constitucional, los Soldados Profesionales tienen derecho a que en la liquidación de su asignación de retiro se incluya como partida computable la Prima de Navidad, en la misma forma que los demás miembros de la Fuerza Pública.

II. CASO CONCRETO

Descendiendo a los casos concretos, se advierte que en los tres expedientes se solicita la reliquidación de las asignaciones de retiro de los demandantes con base en una correcta aplicación de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como la inclusión de la partida Prima de Navidad.

En lo que respecta a la fórmula aplicada para liquidar las asignaciones de retiro, de acuerdo con los certificados allegados (fols. 31 y 30 de los procesos 2018-297 y 2018-298, respectivamente), así como de lo indicado en los actos administrativos demandados (folios 25-26 y 29 proceso 2018-320), se encuentra que efectivamente se generó perjuicios a los actores al aplicar la fórmula de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2016, pues la liquidación de Prima de Antigüedad debe efectuarse sobre el salario devengado y su respectivo incremento, y el valor así obtenido sumarse al 70% del salario inicial

para de esta manera obtenerse la asignación de retiro de los demandantes, y no en la forma en que lo realizó la entidad demandada, que redujo la prima de antigüedad al aplicarle un 70% al 38.5% afectando doblemente dicha partida, motivo por el cual, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro de los actores, con la aplicación correcta de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

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

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

III. PRESCRIPCIÓN

Teniendo en cuenta que dentro del expediente **2018-00320** la entidad propuso la excepción de prescripción, pasa el Despacho a analizar este punto.

Se tiene que el derecho se causó a partir del **25 de julio de 2016**, las solicitudes de reliquidación fueron radicadas el **28 de noviembre de 2016** y **7 de noviembre de 2017**, y la demanda fue radicada el 13 de agosto de 2018, razón por la cual resulta de contera que no ha operado la prescripción cuatrienal por las diferencias adeudadas, en los términos del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que se aplica en este caso, acogiendo la tesis del Consejo de Estado fijada mediante sentencia de fecha 4 de septiembre de 2008, emitida por la Sección Segunda – Subsección A, dentro del radicado interno 0628-08, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual, debe seguir dándose aplicación, en materia pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, a los Decretos que consagran la prescripción cuatrienal, toda vez que el Presidente, al reglamentar dicha materia en el artículo 43 del Decreto

4433 de 2011, excedió su facultad, pues la Ley 923 de 2004 en cuanto a prescripción guardó silencio.¹

Así las cosas, se tiene se declarará NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la entidad en el proceso 2018-320.

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 costas², 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.

¹ Esta tesis ha sido aplicada igualmente por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante providencia de fecha 22 de febrero de 2018, emitida dentro del radicado 11001333502620150030201, con ponencia del Doctor Héctor Enrique Rey Moreno.

² 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 DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Inaplicar por inconstitucional en los casos aquí estudiados, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto al trato discriminatorio señalado.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en los Oficios número 2017-74668 del 22 de noviembre de 2017, 2017-78991 del 7 de diciembre de 2017, 2016-80662 del 7 de diciembre de 2016 y 2017-73712 del 20 de noviembre 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 la asignación de retiro de los señores JHON FREDDY FIGUEROA, WILLIAM ALFONSO CARABALLO y FREDIS MARTÍN GÓMEZ PULIDO desde el momento en que fue reconocida, de la siguiente manera: *i)* Aplicar en su interpretación más favorable la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, descontando el porcentaje del 70% únicamente al factor de salario mensual y adicionando a dicho resultado el 38,5% de la prima de antigüedad, y *ii)* Incluir la partida Prima de Navidad en las mismas proporciones que se tiene en cuenta para los oficiales y suboficiales, conforme al artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

CUARTO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción en el caso del señor FREDIS MARTÍN GÓMEZ PULIDO.

QUINTO: Sin condena en costas en ninguno de los dos expedientes objeto de esta decisión.

SEXTO: 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

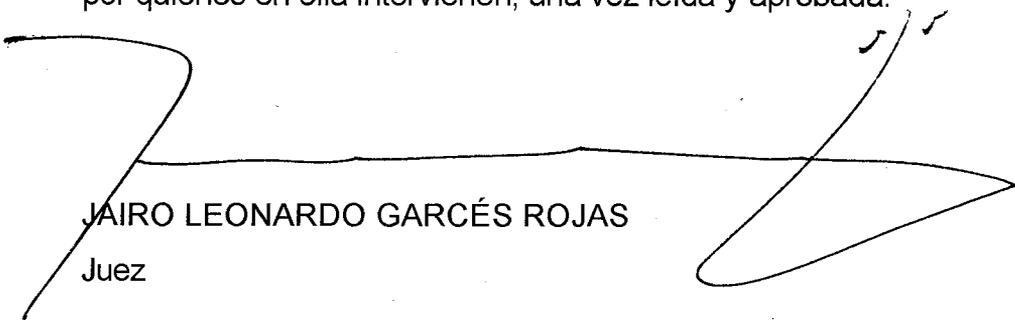
proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

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

PARTE ACTORA: Conforme.

PARTE DEMANDADA: Se reserva el derecho de apelar.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 02:32 p.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



DIANA SHIRLEY DÍAZ NEIRA
Apoderada Demandante



ÁNGELA DEL PILAR ORTIZ CLAROS
Apoderada Cremil