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: Veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ: JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS

HORA DE INICIO:	02:00 P.M	HORA FINAL:	02:50 P.M.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTES: 50001-33-33-002-**2018-00098-00**
50001-33-33-002-**2018-00109-00**

DEMANDANTES: JAIRO TOBÓN CARVAJAL
ELVER GARCÍA ESCOBAR

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En Villavicencio, a los 27 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 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 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: LUIS EDMUNDO MEDINA MEDINA, identificado con C.C. No. 19.061.200 y T.P. 16.447 del C.S.J.

AUTO RECONOCE PERSONERÍA

Se reconoce personería a la Abogada Diana Shirley Díaz Neira para actuar como apoderada sustituta de la parte actora, en los dos procesos objeto de la presente audiencia, en los términos del memorial que allegan el día de hoy. **Se notifica en estrados.**

Se deja constancia de que no se hace presente la parte actora ni el Ministerio Público, sin embargo, su inasistencia no es óbice para realizar la audiencia.

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

Con la contestación de las demandas, la entidad propuso la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO 40 – 60%"* dentro del proceso 2018-00098; y la de *"PRESCRIPCIÓN"* dentro del expediente 2018-00109.

De los anteriores medios exceptivos, el despacho pasa a decidir en este momento el de falta de legitimación en la causa por pasiva, y en cuanto al de prescripción, será decidido con la sentencia que ponga fin a esta instancia por estar ligado a la prosperidad de las pretensiones.

SUSTENTO

Indicó la entidad, grosso modo, que la reclamación del reajuste salarial del 20% adicional sobre el sueldo básico, debe hacerse al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional que es la entidad encargada de pagar los salarios y de elaborar

la hoja de servicios, en la cual se basa CREMIL para efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro, sustentado en que la sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016 emitida por el Consejo de Estado, resolvió este tema respecto del Ejército Nacional sin vincular a la Caja.

03:48. En este estado de la diligencia se deja constancia de que se hace presente el apoderado de la entidad demandada, quien se incorpora y procede a realizar su presentación.

TRÁMITE

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte por el término de tres días (fol.89) sin que hiciera uso del derecho de pronunciarse al respecto.

DECISIÓN.

La excepción planteada no está llamada a prosperar, para lo cual basta con decir que en el caso del señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL no se pretende el reajuste de su asignación de retiro incrementando la partida ASIGNACIÓN BÁSICA, razón por la cual la excepción planteada resulta incongruente con el litigio planteado en la demanda, siendo a la vez inane analizar este punto.

En este punto del debate, se precisa que en sentencia proferida el 04 de octubre de 2018[1] por la Sala Plena del Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META esa Corporación estudió la posible falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, llegando a la conclusión que dicha Caja tiene la facultad para efectuar el reajuste en la asignación de retiro antes señalada, aun en el evento en que el Ministerio de Defensa Nacional no haya pagado la asignación básica mensual al actor en los términos previstos en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para mayor ilustración se trascriben apartes relevantes del mencionado pronunciamiento, así:

> "Por las razones expuestas, se concluye que la Entidad demandada CREMIL., si tiene competencia para computar en la asignación de retiro del demandante, el sueldo básico estipulado en el artículo 1°, inciso 2°, del Decreto 1794 de 2000, así el MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL no haya pagado o reconocido el derecho salarial contemplado en dicha norma en su debido momento, toda vez que los Soldados

[1] *Dentro del expediente con radicado No. 50001-33-33-008-2015-00389-01, Demandante: ELIAS ESCOBAR OSORIO. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-. Magistrada Ponente: TERESA HERRERA ANDRADE*

Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales, gozan de un régimen de transición en materia salarial, que les permitía conservar el monto del sueldo básico que les había sido determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; por lo que al tratarse de un derecho adquirido no esté supeditada su efectividad a la voluntad de la Entidad nominadora y, por tal razón, no pueda ser desconocido por la Autoridad encargada del reconocimiento y pago de la asignación vitalicia.

Es tan clara la redacción de inciso 2° del artículo 1° del. Decreto 1794 de 2000, que el actor no tenía siquiera que haber acudido a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que el monto del sueldo básico al que tiene derecho se encuentra debidamente reconocido en la aludida norma, la cual es de obligatorio cumplimiento para todas las Entidades Estatales.

Se reitera, que a estas alturas llegar a considerarse que el actor previamente tenía que solicitar el reajuste del salario básico al **EJÉRCITO,** sería desconocer los principios de eficacia, economía y celeridad y buen funcionamiento de la Administración de justicia, siendo que este derecho debe ser materializado y garantizado por la Entidad encargada de reconocer la asignación de retiro, sin que se requiera trámite administrativo adicional.

Como lo ha indicado este Tribunal Administrativo en decisiones anteriores[2] "El error de la administración en la interpretación de las normas no puede generar una limitante para que el actor, así haya obviado, por cualquiera causa, buscar el reajuste salarial oportuno, ahora una vez retirado del servicio, reclame buscando ante CREMIL y la jurisdicción que se ajuste si asignación de retiro a los parámetros legales, porque, así como no se puede sacar provecho de la propia culpa, tampoco se puede usar la culpa de la administración para negar un derecho.

Si bien es cierto, el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sede de tutela, en asuntos similares al estudiado, ha considerado ajustada la tesis de que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de CREMIL[3], también lo, es, que por no provenir del Juez natural de la causa, no tienen fuerza vinculante en la decisión qué hoy se toma, ya que tales decisiones no se han proferido en su calidad de Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en esa medida, al ser fallos de tutela solo generan efectos inter partes.

Por el contrario, con posterioridad a estos fallos se pronunció la Sección 2, Subsección A, en sentencia del 19 de abril de 2018, radicado No. 18001233300020130021801, (3337-14), C.P. RAFAEL FRANCISCO ,SUAREZ VARGAS, donde explicó que pese a que la reclamación del reajuste salarial no la hubiere elevado el uniformado mientras estuvo en servicio activo, ello no impide que se ordene a CREMIL a que reconozca el salario mínimo en los términos del inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, puesto que fue él mismo Decreto 4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.2.1, el que de manera directa remite a lo dispuesto al artículo 1° del mencionado Decreto 1794, para el cálculo de la asignación básica, sin consideración a la asignación mensual que el Soldado recibía en actividad, por consiguiente, para quienes estaban vinculados a 31 de diciembre de 2000, corrió Soldados Voluntarios, CREMIL debe computar en la asignación de retiro el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en el 60%."

---

[2] *Sentencia del 22 de febrero de 2018, radicado No 50001333100120140025801, MP HECTOR ENRIQUE REY MORENO.*

[3] *Sentencia del 23 de mayo de 2016, Sección 2, Subsección B, radicado No 11001031500020160098900, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E) y sentencia del 1 de agosto de 2016, Sección,4a, C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, que confirma la anterior, entre otras.*

Así las cosas, para este Juez CREMIL es la competente para reliquidar la asignación de retiro del demandante, en consecuencia se declara NO PROBADA la excepción de *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA* propuesta por CREMIL **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 2018-00098-00

4.1.1. Hechos probados:

- El señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL, estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, y fue retirado por tener derecho a asignación de retiro (fol. 24).

- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 4089 del 20 de mayo de 2015, efectiva a partir del 1° de julio del mismo año, incluyendo el sueldo básico, la prima de antigüedad (fol. 25-26).

- Mediante derecho de petición radicado el 1° de noviembre de 2017, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro aplicando correctamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433/04 e incluyendo la partida prima de navidad (fol. 17-19).

- La entidad negó esta petición mediante el Oficio No. 2017-74100 del 21 de noviembre de 2017 (fol.20-21).

4.2. Expediente 2018-00109-00

4.2.1. Hechos probados:

- El señor ELVER GARCÍA ESCOBAR, se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 16 de junio de 1994 y se desempeñó como tal hasta el 10 de diciembre de 1995; posteriormente ejerció como Soldado Voluntario desde el 15 de julio de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro el 25 de abril de 2016 (fol. 32-33).

- Le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Soldado Profesional, mediante Resolución Número 3860 del 31 de mayo de 2016, efectiva a partir del 25 de julio del mismo año (fol. 34-36).

- Mediante derecho de petición radicado el 10 de agosto de 2016, el demandante solicitó ante CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro incrementando la asignación básica en un 20%, y absteniéndose de efectuar doble descuento sobre la prima de antigüedad (fol. 26-28).

- La entidad negó lo solicitado por la parte demandante en el Oficio No. 2016-56763 del 23 de agosto de 2016 (fol.29).

4.7. 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, respecto del expediente **2018-00098**, se reliquide la prestación aplicando en debida forma la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433/04 e incluyendo la partida Prima de Navidad; y en relación con el proceso **2018-00109** ordenar la reliquidación de la asignación de retiro, incrementando la asignación básica en un 20% y aplicando correctamente el cálculo establecido en la norma ibídem.

4.5. <u>Problema Jurídico</u>

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 indaga a las partes si existe ánimo conciliatorio, concediéndole la palabra inicialmente al apoderado de la entidad, quien indica que en sesión del 20 de febrero de 2019 decidió no conciliar en los dos casos sujetos a estudio. 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 17 a 26 del expediente **2018-00098** y folios 26 a 36 del expediente **2018-00109**. En ambos expedientes estos documentos hacen alusión a la petición elevada por los demandantes y su correspondiente respuesta (acto demandado), resolución de reconocimiento de asignación de retiro, hoja de servicios y certificados de partidas computables, a los cuales se les dará el valor probatorio que les corresponda en el momento procesal oportuno.

7.2. Parte demandada

7.2.1. Documentales: Se tendrán como pruebas los documentos aportados por la entidad demandada que integran los expedientes administrativos de los demandantes obrantes a folios 62 a 87 del expediente **2018-00098** y folios 61 a 90 del expediente **2018-00109**, 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 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.

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 parágrafo 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 VELEZ**[4]**,** 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:

---

[4] 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 85001333300220130006001 - **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%

"(...)
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,[5] 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,[6] 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 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,[7] 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,[8] 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 1992[9] y el Decreto Ley 1793 de 2000,[10] 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 1793[11] y 1794[12] 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.[13]

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[14] les respeta a los soldaos

---

[5] Ib.
[6] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[7] Ib.
[8] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[9] **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.**
[10] Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
[11] Ib.
[12] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[13] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[14] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

> **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,[15] 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,[16] 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 1794 de 2000[17] 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 2000[18] 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,[19] 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,[20] a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[21] 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 al señor ELVER GARCÍA ESCOBAR se le debió liquidar su asignación de retiro, fijando la partida

---

[15] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[16] Ib.
[17] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[18] Ib.
[19] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[20] Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.
[21] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Asignación Básica en un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y no en un 40% como lo hizo la entidad.

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 se liquida 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.

3. 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 bajo estudio, se tiene que tanto el señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL como ELVER GARCÍA ESCOBAR solicitan la reliquidación de sus asignaciones de retiro con base en una correcta aplicación de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Al verificar el certificado obrante a folio 23 del proceso 2018-0098, así como los argumentos expuestos por la entidad en los actos enjuiciados, se observa que aplicó de manera errónea dicha fórmula de liquidación, pues redujo la prima de antigüedad al aplicarle un 70% al 38.5% afectando doblemente dicha partida, cuando en realidad debía efectuar su liquidación sobre el salario devengado y el respectivo incremento, y el valor así obtenido sumarse al 70% del salario inicial para que de esta manera obtenerse la asignación de retiro de los demandantes,

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, solicitado dentro del expediente 2018-00109 se observa que el demandante ostentó la condición de Soldado Voluntario para el 31 de diciembre de 2000 y a partir del mes de noviembre del año 2003 pasó a ser Soldado Profesional, lo cual le 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.

No pasa por alto el Despacho que con el traslado de la demanda la entidad allegó acto administrativo –Resolución Número 11250 del 17 de abril de 2018– (fol.80-81) por medio de la cual decide reconocer el incremento del 20% adicional sobre el sueldo básico, a partir del 25 de julio de 2016. Sin embargo, esta situación no genera certeza sobre la efectividad de la decisión adoptada con relación a las pretensiones incoadas en sede judicial, pues nada se habla sobre reconocimiento de intereses e indexación sobre las diferencias que arrojaban los nuevos montos; aunado a lo anterior, dicho acto administrativo fue expedido con posterioridad a que el demandante radicara la presente demanda, hecho que se dio el 9 de abril de 2018 (fol.38), y el acto administrativo fue expedido el 17 de abril siguiente.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del señor ELVER GARCÍA ESCOBAR, incrementando la partida asignación básica en un 20%, entendiendo que la correspondiente indexación opera de pleno derecho en virtud de lo normado por el artículo 187 del CPACA.

Finalmente, en lo atinente a la partida Prima de Navidad solicitada por el señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL, esta era percibida en actividad por el actor, pues así lo dispone del Decreto 1794 de 2000, como se dejó sentado, sin embargo, no fue tenida 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

En virtud de que la entidad propuso esta excepción dentro del expediente 2018-00109, pasa el Despacho a analizarla en los siguientes términos:

Se tiene que el derecho se causó a partir del **25 de julio de 2016**, y la solicitud de reliquidación fue radicada el **10 de agosto siguiente**, razón por la cual resulta claro 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.[22]

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

[22] 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.

Teniendo en cuenta la postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas[23], 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.

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 el caso del señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL, 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 2017-74100 del 21 de noviembre de 2017 y 2016-56763 del 23 de agosto de 2016, 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 del señor JAIRO TOBÓN CARVAJAL, 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.

---

[23] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 13001233300001300022O1 (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.

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 ELVER GARCÍA ESCOBAR, 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)* Fijar la partida Sueldo Básico teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

QUINTO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la entidad en el caso del señor ELVER GARCÍA ESCOBAR.

SEXTO: Sin condena en costas en los dos expedientes objeto de decisión.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte interesada, expídanse copias que sean solicitadas, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

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

PARTE ACTORA: Sin recursos.
PARTE DEMANDADA: Se reserva el derecho de apelar dentro del término legal

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina siendo las 02:50 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

LUIS EDMUNDO MEDINA MEDINA
Apoderado Cremil