



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Primero (01) de Junio de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante : PEDRO ELIAS PARRA RINCON
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
Radicación : 15001333300920150014600

I. MEDIO DE CONTROL

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., interpuesto por el señor **PEDRO ELIAS PARRA RINCON** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

1.1 Se pretende la nulidad del acto administrativo **No. 40279 de 16 de junio de 2015**, mediante el cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó el incremento del 40% al 60% del salario mínimo legal mensual de conformidad con el Inc. 2º del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, igualmente negó la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y la inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de la prima de navidad.

1.2 A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación de:

* La reliquidación de 70% de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

* El reajuste de la asignación de retiro del 40 al 60% de conformidad con el Inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000.

* La inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el decreto 4433 de 2004, art. 13.



1.3. Se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. Fundamentos Fácticos:

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Manifiesta el accionante, que ingresó a laborar al Ministerio de defensa en condición de soldado regular, vinculación que estuvo regida por la Ley 131 de 1985, la cual a partir del 1 de noviembre de 2003 estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004 por orden Ministerial de Defensa Nacional, reconociéndole su asignación de retiro mediante Resolución No 1882 de 19 de abril de 2011.

Agrega que mediante oficio No 47227 de 25 de mayo de 2015 solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su salario mínimo mensual legal vigente más el 60% en la asignación de retiro, también la reliquidación de esta última en el 70% conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, peticiones que fueron despachadas desfavorablemente por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante oficio No 40279 de 16 de junio de 2015.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte demandante considera vulnerados los artículos 2º, 4º, 6º, 13º, 29º, 53º y 58º de la Constitución Política, la Ley 4ª de 1992, Ley 131 de 1985, Decretos 1793 y 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Al sustentar el concepto de la violación, asegura que las normas de rango constitucional citadas se vulneran de manera flagrante por CREMIL al no efectuar una liquidación de la asignación de retiro del demandante reajustándola del 40% al 60%, al reliquidarla en el 70% y al no incluir la duodécima parte de la prima de navidad por una indebida interpretación de la norma vulnerando con ellos los derechos de la Constitución Política.

Señala que el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, solo resulta aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que se incorporaron a la institución con posterioridad al año 2000, es decir, a la entrada en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, luego al demandante no se le puede desconocer lo prescrito en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Con respecto a la liquidación del 70% de la asignación de retiro del demandante la formula no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por el contrario a la prima de antigüedad del 38.5% se adiciona el 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero al 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70% por interpretación errónea de la norma.

Agrega que CREMIL debe aplicar el 100% y se le saca el 70% del salario básico y debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, para determinar el salario real en la asignación de retiro del demandante.



Por último con respecto a la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad refiere que el decreto 4433 de 2004 al fijar el régimen pensional y de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en su artículo 13 incluye el subsidio familiar y la prima de navidad dentro de las partidas computables para efectos de liquidar tales prestaciones, pero se restringe su aplicación solamente a los oficiales y suboficiales excluyendo a los soldados profesionales, norma que evidencia un trato discriminatorio, como quiera que sin mediar una justificación objetiva y razonable excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar a la base de liquidación en la asignación de retiro.

Manifiesta que al expedirse el Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional violó el principio de igualdad, pues estableció un trato diferenciado entre los miembros de las Fuerzas Militares sin justificación alguna. Por lo que el Decreto excedió uno de los límites que estableció la Ley que dio origen a su existencia, por ello y según lo dispuesto en el artículo 5º de la ley 923 de 2004, dicha normatividad al contravenir las disposiciones en ella contenidas carece de efectos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante providencia del **veinticuatro (24) de septiembre de 2015** (fls. 33 a 35).

Por auto del **cinco (05) de febrero de 2016** (fls. 78), se fijó el día quince de febrero de 2016 a fin de realizar la Audiencia Inicial, que se llevó a cabo en el día y la hora indicados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A (fls. 87 a 89 - cd fl 92), en la cual se decretó la práctica de pruebas, fijándose fecha para la realización de la respectiva audiencia el día 7 de marzo de 2016 (fl. 104 cd fl. 105), día en el cual se dispuso suspender la misma por cuanto las pruebas decretadas en la audiencia inicial no habían sido recaudadas, fijándose mediante auto de fecha 7 de abril de 2016 (fl. 172) como nueva fecha para su continuación el día 19 de abril de 2016 fecha en la cual y toda vez que la totalidad de las pruebas habían sido recaudadas, se dispuso correr traslado para alegar (fl. 194 a 195 cd fl. 196).

No obstante lo anterior con auto de fecha 28 de abril de 2016 (fls. 226 a 228) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 de C.G. del P. se dispuso poner en conocimiento de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional la configuración de la posible nulidad de que trata el numeral 8º del artículo 133 del C.G del P., para tal efecto, se dispuso notificar personalmente la referida providencia lo cual ocurrió con fecha 5 de mayo de 2016 (fls. 253-255), entidad que durante el termino de traslado (3 días) guardó silencio.

Con fecha 23 de mayo de 2016, dada la interrupción del traslado para alegar, se ingresó al despacho para fallo (fl. 256).

1.- RAZONES DE LA DEFENSA.

1.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (fls. 51 a 56)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo



Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja

dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Señala que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro estableciéndose los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento dentro de los cuales se encuentran la acreditación de un tiempo de servicios de 20 años; cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y porcentaje fijo de la prima de antigüedad equivalente al 38.5%, estableciendo en tal sentido de forma expresa la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar y demás primas y bonificaciones solicitadas.

Sobre este punto precisa que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, norma a la cual la entidad demandada se ajusta estrictamente, partidas en las cuales no están consagradas expresamente el subsidio familiar ni la prima de navidad como partidas computables dentro del reconocimiento de la asignación de retiro, para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

Refiere que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja, por lo tanto la entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Agrega frente al caso en comento se tiene que en la hoja de servicios militares correspondientes al actor, expedida por el Ministerio de Defensa se encuentran las partidas computables prestaciones unitarias, donde se enuncian el sueldo básico y la prima de antigüedad, sueldo básico que de conformidad con lo claramente dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementa en un 40%, por consiguiente debe regirse por la normatividad vigente, sin omitir preceptos y sin darle un alcance diferente al establecido por el legislador y su hoja de servicios, máxime cuando la norma no reviste motivos de duda que generen los métodos de interpretación de la Ley diferentes al gramatical.

Indica que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal y como lo ha estado aplicando dicha entidad.

Que si bien las pretensiones se encaminan a lograr la nulidad de un acto administrativo emitido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el restablecimiento del derecho se fundamenta en hechos ocurridos mucho antes del reconocimiento de la asignación de retiro y ajenos a sus actuaciones, por lo cual no puede hacer parte dentro de esta acción dado que como indicó no es competente para resolver lo relativo a reajustes correspondientes a la época en que era militar activo por cuanto salen de su rango de competencias.

Para finalizar propuso como excepciones las que denominó: LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES



VIGENTES, CARENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR, PRIMAS, BONIFICACIONES, AUXILIOS, COMPENSACIONES Y DEMÁS DEVENGADOS EN SEVICIO ACTIVO, NO CONFIGURACION DE VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO Y FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. Parte demandante. (fls. 229 a 249)

El apoderado de la parte demandante en sus alegatos reitera como lo señaló en la demanda que quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal incrementado en un 60%, de esta manera, éste régimen de transición busca el amparo de los derechos adquiridos de los soldados que con anterioridad a 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como soldados voluntarios y que con posterioridad a esta fecha se incorporarían como soldados profesionales, evento en el cual se les aplicaría en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el parágrafo del artículo 2º, pero su asignación mensual no equivaldrá a un salario mínimo incrementado en un 40%, si no en un 60%, lo cual sustenta en pronunciamientos del Consejo de Estado.

Con relación a la liquidación del 70% de la asignación de retiro indica que la fórmula aplicada por la entidad demandada no atiende a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por el contrario a la prima de antigüedad del 38.5% sobre éste rubro se adiciona el 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, por interpretación errónea de la norma, debiéndose primero sacar el 70% al salario y se le adiciona, es decir se le suma el 38.5% como resultado a pagar en la asignación de retiro.

Que la inclusión de la duodécima parte de la prima de actividad señala que el Decreto 4433 de 2004 vulnera el derecho fundamental a la igualdad al incluir para oficiales y suboficiales la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro y no incluirla como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo que implica un trato diferenciado entre los miembros de las Fuerzas Militares sin razón, excediendo los límites que estableció la Ley que dio origen a su existencia.

Agrega que si bien los oficiales y suboficiales tienen un nivel jerárquico diferente, con ocasión de su ingreso, grado de estudios y responsabilidades; estos junto con los Soldados Profesionales pertenecen a un solo grupo, como es las Fuerzas Militares en el cual los derechos y prerrogativas para acceder al régimen pensional de asignación de retiro está regulado por la misma disposición, por lo que resulta inconsecuente el trato normativo materialmente desigual entre dichos funcionarios, teniendo en cuenta el sentido y objetivo de la prestación que se omite.

2.1. Entidad demandada.

El apoderado de la entidad demandada dentro de la oportunidad legal para presentar alegatos de conclusión guardó silencio.



II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

Como quedó establecido en la fijación del litigio la controversia se contrae a determinar si es procedente: 1°. Ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional, conforme al inciso segundo del artículo primero del Decreto Ley 1794 de 2000 y no conforme al inciso 1 del mencionado artículo, 2°. La reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional, incluyendo la doceava parte de la prima de navidad y 3° La reliquidación de la asignación de retiro del 70% de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

2. Argumentación normativa y jurisprudencial.

2.1 De las disposiciones legales para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales.

El Decreto 4433 de 2004, fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

“13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales...” (Subraya fuera de texto).

A su turno el artículo 16 con respecto al monto de la asignación de retiro dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 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”. (Subrayas fuera de texto)

Con respecto a la prima de antigüedad el artículo 18 de la norma en comento estableció:



... "ARTICULO 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

(...)

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

- 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.
- 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.
- 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.
- 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.
- 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.
- 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.
- 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante... (Subrayas fuera de texto)

Por su parte el Decreto 1794 de 2000 en el inciso primero de su artículo 1º respecto a la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales, indicó:

... "**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%)... (Subrayas fuera de texto)

En tratándose de la prima de navidad esta fue creada por disposición de su artículo 5º al preceptuar que:

(...) "ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre de cada año..."

Así las cosas y con fundamento en las normas transcritas la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, adicionado con la prima de antigüedad en un porcentaje del 38.5%.

3. Argumentación y valoración probatoria

De lo probado en el proceso.

- Copia de la Resolución No. 1882 de 9 de abril de 2011, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional ® del Ejército PEDRO ELIAS PARRA RINCON (fls. 23 a 24 y 66 a 67).



- Copia de certificado donde se establece que el señor PEDRO ELIAS PARRA RINCON devengó prima de navidad (fl. 192, 209 y 221).
- Copia de la Hoja de Servicios donde se establece que el señor PEDRO ELIAS PARRA RINCON, ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 21 de junio de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003 y como Soldado Profesional desde el 1° de noviembre de 2003 hasta el 1° de marzo de 2013. (fls. 22, 65 y 110).

4. Caso concreto.

4.1 Respecto a los incrementos del 40% al 60% de la asignación de retiro

Para la fecha de retiro del actor 31 de mayo de 2011, su asignación mensual estaba siendo reconocida en la forma indicada en el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 (fls. 193, 210 y 222), es decir en un salario mínimo incrementado en un 40%, de tal manera que no había razón para que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la liquidara de forma diferente, de suerte que frente a la asignación de retiro reconocida por CREMIL, no es posible discutir o considerar que se hayan afectado derechos adquiridos del demandante, respecto de la remuneración que debió percibir entre noviembre de 2003 a mayo de 2011, pues ello era competencia de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, y por ende a quien debió plantearse oportunamente dichas inconformidades. Al respecto el Consejo de Estado¹ ha dicho:

...“En efecto, el Tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, más no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normatividad citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para atender las reclamaciones con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares.

La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares...”

Al respecto el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 31 de marzo de 2016² señaló:

... “Lo anterior, por cuanto la liquidación de la pensión se fundamenta en lo devengado en el tiempo de servicios, por ello puede decirse que existe una relación jurídica inescindible, entre el acto de reconocimiento de la pensión o los que decidan sobre su reliquidación y los certificados de salarios o prestaciones, en el caso de las fuerzas armadas, discriminados en la respectiva Hoja de Servicios...”

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. No 11001-03-15-000-2015-00380-00 AC. DEMANDANTE Jairo Jaraba Morales, demandado Tribunal Administrativo de Antioquia y otro.

² Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 31 de marzo de 2016, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Rad. No 15001-3333-010-2014-00083-01, Demandante: Rubén Darío Cuellar Asprilla y Demandado: CREMIL.



Así las cosas si el demandante consideraba que durante el servicio activo, tenía derecho a devengar otro monto de salario como el establecido en el inciso segundo de la norma en cuestión, por haberse desempeñado como soldado voluntario, así ha debido reclamarlo ante el ente empleador, para que posteriormente se pudiese tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro, empero, como la asignación efectivamente devengada, fue la que se tuvo en cuenta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con base en la información contenida en la hoja de servicios y el salario devengado en actividad para reconocer, liquidar y pagar la asignación de retiro, no advierte el Juzgado el quebrantamiento de derechos adquiridos o violación al principio de igualdad, ni la afectación de la seguridad social.

Si el demandante tenía inconformismo con la reducción de su salario como se dijo, debió así haberlo oportunamente manifestado a la entidad empleadora es decir a la Nación, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional -, sin embargo dado que su salario dejó de ser considerado como una prestación periódica desde el momento en el cual se le reconoció su asignación de retiro (1 de junio de 2011) ya que *no existe vigencia en la relación laboral*³, por lo cual a la fecha estaría afectado por el fenómeno de la caducidad de la acción.

Por su parte CREMIL aplicó las disposiciones legales válidas para calcular la asignación de retiro de soldados profesionales; por una parte el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció: ... *“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...”*

A su turno el artículo 13 de la misma norma dispuso: ... *“13.2 Soldados Profesionales:*

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000...”

Finalmente el Inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 manifestó: ... *“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...”*

4.2 Respecto al incremento de la duodécima parte de la prima de navidad

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el segundo problema jurídico fijado, esto es, si resulta procedente incluir la duodécima parte de la prima de navidad para efectos de reliquidar la asignación de retiro del señor PEDRO ELIAS PARRA RINCON, observa el Despacho que de conformidad con las pruebas allegadas en el curso del presente proceso, se encuentra probado que el demandante se retiró el día 31 de mayo de 2011 en el grado de Soldado Profesional del Ejército Nacional, siendo beneficiario de la asignación de retiro en la que únicamente se le incluyó como partidas computables, el sueldo básico y la prima de antigüedad.

En primera medida dirá el Despacho que el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 establece el control por vía de excepción en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos.

³ Tribunal Administrativo de Boyacá, providencia de fecha 27 de enero de 2016, M.P. Fabio Iván Afanador García, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del derecho No 1500133330102014002301. Demandante María Clara González y Otros, demandado: Departamento de Boyacá.



“Art.- 148.- Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo solo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares y de manera específica previó ciertas partidas para los oficiales y suboficiales, así como para los soldados profesionales; sin embargo no incluyó la prima de navidad dentro de las partidas computables para los soldados profesionales.

Frente a este punto en particular considera el Despacho que en efecto la disposición mencionada, esto es, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferenciado de manera injustificada, puesto que no incluye como partida computable la prima de navidad respecto de los soldados profesionales mientras que si la incluye en la liquidación de los oficiales y suboficiales, sin que se encuentre alguna razón válida para dicha exclusión.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho encuentra que tal circunstancia constituye un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política, pues si bien es cierto, existen condiciones diferenciales entre los grados citados, pues estos cuentan con autoridad, requisitos y atribuciones diferentes que generan remuneraciones salariales y prestacionales disímiles, también lo es que el artículo 13 superior establece que el Estado tiene la obligación de proteger a la persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta brindando un trato diferencial y positivo procurando con esto la garantía de los fines del Estado Social de Derecho.

El Consejo de Estado en sentencia de 17 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez⁴, estudió el trato discriminatorio dado a los soldados profesionales con relación al subsidio familiar; en la referida providencia se precisó:

“(…) En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, 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 como partida computable para los miembros de las 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 (...)” (Subrayas fuera de texto).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp: 11001-03-15-000-2013-01821-00. CP: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ.



En reciente jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 28 de abril de 2014⁵ indicó:

“Para la Sala no es de recibo entonces, el argumento esbozado por la entidad demandada para negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no la enlistaba (fl. 27); al contrario, se evidencia que el Ejecutivo, al excluir tal beneficio a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y por ende, del artículo 16 ibídem, y al incluirla para los mismos efectos a los Oficiales y Suboficiales de la misma Fuerza Pública, originó un trato desigual y discriminatorio de cara a los Soldados Profesionales; y además porque desdibuja la institución jurídica que la Constitución Política ha fijado como el núcleo fundamental de la sociedad, la familia.”

La Sala, en atención de los principios plasmados en el precepto legal 103 de la Ley 1437 de 2011-CPACA patentizará la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, esto es, dará aplicación al artículo 4° del Ordenamiento Superior y al artículo 148 del CPACA, consistente en inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser inconstitucional e ilegal frente a los fines de la Ley 923 de 2004, por las siguientes razones:” (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, no obstante de hacerse referencia al subsidio familiar, queda claro que los argumentos allí esbozados pueden ser traídos para el caso concreto de la prima de navidad por cuanto al igual que allí no se vislumbra una justificación razonable para tal exclusión, el Despacho en tal sentido, inaplicará el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al caso concreto, por resultar contrario al ordenamiento superior, violatorio de los derechos y principios fundamentales contemplados en la Constitución Política que protegen al demandante, y contrario a la Ley 923 de 2004, razón por la cual se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, contenido en el oficio No. 0040279 de 16 de junio de 2015, expedido por la Caja de Retiro de las fuerzas Militares-CREMIL que negó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada reliquide la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro del actor.

4.3 Respecto a la forma de liquidación de la asignación de retiro

Finalmente en lo que tiene que ver con la forma en que se debe calcular el valor de la asignación de retiro del demandante, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

*“**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.” (Negrillas y subrayas no son del texto original).*

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 1500133330120013301. Fecha: 28 de abril de 2014.



Frente a éste punto la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 2014⁶ indicó:

(...) En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo (...).

Así las cosas, el 70% se le aplica al salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, resultado al cual se le adiciona el 38.5 % de la prima de antigüedad, dando como resultado la asignación de retiro y no como erróneamente lo viene aplicando la entidad demandada, razón por la cual se ordenará que la liquidación de la asignación de retiro del demandante se haga en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

5.- Excepciones de fondo.

El Despacho estudiará de manera oficiosa la excepción de prescripción, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece un término prescriptivo cuatrienal.

La asignación de retiro fue reconocida a partir del 01 de junio de 2011, mediante Resolución No. 1882 de 9 de abril de 2011 (fls. 23 a 24). Se presentó derecho de petición ante la entidad demandada, el día 25 de mayo de 2015 (fls 19 y 71), el cual fue resuelto negativamente mediante el oficio No. 0040279 de 16 de junio de 2015 (fls 20 y 72).

Como quiera que se presentó petición con fecha 25 de mayo de 2015, la misma interrumpió el término de prescripción por un periodo igual, esto es, hasta el 25 de mayo de 2018, el demandante tenía la oportunidad de presentar la respectiva demanda, sin que prescribiera ninguna mesada de su asignación de retiro, lo cual efectivamente ocurrió con fecha 11 de agosto de 2015. Por lo anterior, no hay lugar a declarar la prescripción de ninguna mesada de la asignación de retiro.

6.- Costas.

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del CGP que establece “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación*”, el Despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas. Se precisa en éste punto, que el Despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01.



7 de abril de 2016⁷, en el que se acoge el criterio objetivo valorativo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el Despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección B del Consejo de Estado que indica: "(...) la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada"⁸.

Por lo que el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA.

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio 0040279 de fecha 16 de junio de 2015, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - en primer lugar reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor soldado profesional @ PEDRO ELIAS PARRA RINCON identificado con C.C. 74.270.276, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es el 31 de mayo de 2011, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. Igualmente se ordena reliquidar y pagar su asignación de retiro, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es el 31 de mayo de 2011, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, que la asignación de retiro se obtiene de aplicarle el 70% al salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%) a cuyo resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO.- Declarar no prospera la excepción de prescripción.

CUARTO.- Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23-33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

⁸ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja

obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

QUINTO.- Negar las demás suplicas de la demanda.

SEXTO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- Sin condena en costas

OCTAVO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ejecutoria y ser usada como título ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G. del P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial⁹. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCÍA
JUEZ

⁹ Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."