



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

*PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No. 110013335-012-2015-00458-00
ACCIONANTE: ELBERTH OTERO VIDAL
ACCIONADOS: CREMIL*

ANEXO ACTA 106

El presente anexo contiene en detalle las actuaciones adelantadas dentro de la audiencia celebrada el veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete a las nueve de la mañana.

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

En este punto de la diligencia se corre traslado a los apoderados judiciales de las partes para que manifiesten si advierten la existencia de cualquier tipo de irregularidad que vicie lo actuado.

Al respecto y como quiera que las partes no observan irregularidad alguna y el Despacho tampoco advierte que se haya configurado causal de nulidad que afecte el procedimiento, se declara agotada esta etapa.

ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS

Ahora bien, encuentra el Despacho que la Caja de retiro de las fuerzas militares no presentó contestación a la demanda objeto de estudio, pese a

haber sido notificada en los términos previstos por la Ley 1437 de 2011, por lo tanto, encuentra el Despacho que no hay lugar a excepciones por resolver.

ETAPA III - DE FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en el proceso, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

DEMANDANTE ELBERTH OTERO VIDAL
TIEMPO SERVICIOS
21 años, 01 mes y 03 días. Hoja de Servicios 3-4720424 de 19 de enero de 2015 (Fl. 3).
ACTO DE RECONOCIMIENTO
Resolución Nro 1005 del 06 de febrero de 2015 en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de soldado profesional, efectiva a partir del 31 de marzo de 2015.
PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO
Sueldo básico, la prima de antigüedad como soldado profesional y subsidio familiar (Fl. 06).
VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO
17 de julio de 1995 al 31 de octubre de 2003 (Fl. 03).
VINCULACIÓN SOLDADO PROFESIONAL
01 de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2015 (Fl. 03).
FECHA PETICIÓN
14 de abril de 2015 (fls. 7-9), SOLICITÓ reliquidación de su asignación de retiro: i) con base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir sobre el salario mínimo incrementado en un 60%, ii) sin afectar doblemente la partida de prima de antigüedad. iii) reliquidar la partida de subsidio familiar. iv) reliquidar con la inclusión de sueldo básico, prima de antigüedad, prima de orden público, subsidio de familia, cesantías, primas y bonificaciones.
ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO
Oficio 2015-28116 negó la petición. (fl 2) Resolución 1005 del 06 de febrero de 2015

Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el despacho:

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que el litigio se contrae a determinar si la asignación de retiro que viene percibiendo el demandante debe ser ajustada teniendo en cuenta: i) el incremento del salario percibido en actividad en un 60%, conforme a la interpretación hecha por el Consejo de Estado al artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total, por interpretación favorable del artículo 2º del mismo Decreto, y iii) si hay lugar a incluir el subsidio familiar por inaplicación del artículo 13 de Decreto 4433.

*Adicionalmente como parte del litigio, se determinara si le asiste derecho al señor **ELBERTH OTERO VIDAL** a que se incluya dentro de su asignación de retiro todos los factores devengados en actividad, esto es primas, vacaciones, cesantías, subsidio de familia, bonificaciones, sobresueldo, indemnizaciones etc (fl 16).*

ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

Se concede el uso de la palabra a la apoderada de la entidad demandada para que proponga una fórmula de arreglo, quien manifiesta que por decisión unánime del comité de conciliación, su representada no tiene ánimo conciliatorio, habida cuenta que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, toda vez que su representada reconoce la asignación con base en la hoja de servicios que expide el Ministerio de Defensa y es esa entidad la que debe modificar dicho acto.

Anexa la decisión en tres folios.

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

*A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.*

DOCUMENTALES:

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y de contestación a la misma y que son las que obran en cada uno de los expedientes que aquí nos ocupan.

Ahora bien en razón a que que no existe más pruebas por practicar dentro de los procesos bajo estudio, se declara cerrada la presente etapa probatoria y se ordena continuar con el normal trámite de la audiencia.

ETAPA VI ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes.

La parte actora reitera los argumentos expuestos en la demanda.

La entidad accionada, pese a que no presentó contestación de la demanda, manifiesta que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, toda vez que fue la encargada de expedir la hoja de servicios del militar, su actuación simplemente fue la de realizar el reconocimiento teniendo en cuenta la información aportada por el Ejército- Ministerio de Defensa..

El Despacho corre traslado a la parte demandante para que se pronuncie sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva expuesta por la accionada,

Queda registrada en la videograbación la intervención de las partes.

ETAPA VII FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si la asignación de retiro que viene percibiendo el demandante debe ser ajustada teniendo en cuenta: i) el incremento del salario percibido en actividad en un 60%, conforme a la interpretación hecha por el Consejo de Estado del artículo 1º del inciso 2 del Decreto 1794 ii) si la

prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total, por interpretación favorable del artículo 2º del mismo Decreto, iii) si hay lugar a incluir el subsidio familiar por inaplicación del artículo 13 de Decreto 4433, y iv) si la asignación de retiro debe incluirse el valor de todos los factores cancelados en el último año de servicios.

Para resolver el problema, el Despacho hará una breve presentación normativa y jurisprudencial del tema que será aplicada posteriormente al caso en concreto.

CONSIDERACIONES

Reconocimiento del 60% sobre el salario base del soldado

Para el reconocimiento de un salario mínimo incrementando en un 60% como salario base que percibía el soldado voluntario, cuando fue convertido de manera obligatoria por "orden militar" a soldado profesional, debe partirse de las siguientes normas:

La ley 131 de 1985, que regula el servicio militar voluntario, indica en el artículo 4º¹ que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

A su vez, el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; permitiendo con el artículo 42², su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

¹ ARTICULO 4º.- *El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.*

² ARTICULO 42. AMBITO DE APLICACION. *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.*

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 1° lo siguiente:

“ARTICULO 1. ASIGNACION 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%).” (Negrillas del Despacho)

La interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado³ con criterio unificador en los siguientes términos:

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente (...) en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

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, 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, cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir,

³ Consejo de Estado. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: CE-SUJ2 850013333002201300060 01

que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 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%.

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, 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%.”

De igual manera, en relación con las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales, el alto Tribunal señaló:

“Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico: (...)

(...) se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.”

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares son beneficiarios del incremento del 60% sobre el salario mínimo, por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, cuyos efectos son extensivos en la liquidación de las primas de antigüedad,

servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías. Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro

Liquidación de la prima de antigüedad

Sobre este punto, el Decreto 1794 regula en su artículo 2° lo atinente a la prima de antigüedad percibida por los soldados profesionales en actividad, con la excepción establecida para aquellos que su vinculación se hubiese efectuado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000.

Frente a la forma de liquidar la prima de antigüedad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴ ha indicado lo siguiente:

“Así pues, se encuentra de la lectura del anterior precepto normativo que se pueden inferir dos interpretaciones: la primera, como lo hace la demandada en su recurso de apelación, según la cual la cuantía pensional surge de la sumatoria de las partidas “salario mensual” y “38.5% de la prima de antigüedad”, y sobre éstas tomarse el 70%; y la segunda, según lo expone el actor en su demanda, en el sentido de tomar el 70% del “salario mensual” y a ésta sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad.

No obstante, en virtud del principio de favorabilidad aplicable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, consagrado en el artículo 53 constitucional, se concluye que, en efecto, de las dos formas de liquidar la pensión, la expuesta por el demandante en su libelo le resulta más favorable, tal y como lo ha señalado con anterioridad esta misma Sala de Decisión, por ejemplo, en la sentencia de 11 de julio de 2013, con ponencia del Dr. LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA⁵.

⁴ M. P. Cerveleón Padilla Linares, proceso 25307-33-33-001-2013-00485-01

⁵ Expediente No. 11001-33-35-008-2012-00010-01; actor Jaime Díaz Forero; demandado Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Por tanto, en este caso se acogen los argumentos expuestos anteriormente, dado que la asignación de retiro de los soldados profesionales se puede calcular de diversas formas, optando en este caso por la más favorable al actor. De tal manera, se concluye que la asignación de retiro del demandante debe ser reconocida en una cuantía equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad; esto es, que el citado 70% debe ser aplicado únicamente sobre el salario mensual y no a la prima de antigüedad, el cual se tomará como valor adicional, tal y como lo concluyó también certeramente el a quo, por lo que tampoco son de recibo los argumentos de la demandada sobre este punto de discusión.”

Por ende, para computar la prima de antigüedad en la asignación de retiro de los soldados profesionales debe tenerse en cuenta que el 70% a que hace referencia la norma para el reconocimiento de la asignación de retiro, se predica únicamente sobre el salario devengado mensualmente en actividad, y no de la prima de antigüedad, siendo lo correcto liquidar el 38.5% de la prima de antigüedad sobre la totalidad del salario y una vez liquidado éste con el 70%, sumarle el porcentaje arrojado de prima de antigüedad.

Subsidio familiar

Referente al Subsidio Familiar el Decreto 1794 en su artículo 11 reguló este aspecto, y estableció a favor de los soldados profesionales el equivalente al 4% de su salario básico mensual; norma que fue derogada por el artículo 1° del Decreto 3770 de septiembre 25 de 2009, sin embargo en su parágrafo primero señaló que los soldados profesionales que a la entrada en vigencia del decreto se encontraran percibiendo el subsidio familiar continuarían percibiéndolo hasta el retiro del servicio.

Ahora bien, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004⁶, por medio del cual se

6 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

fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, determinó para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, una vez terminados los tres meses de alta, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, deberá pagar una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual junto con las partidas computables de que trata el numeral 13.2.1, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad⁷, adicionada en un 38.5%, sin que, en todo caso, dicha asignación de retiro sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esto, nos lleva a concluir que el subsidio familiar no fue contemplado en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, por vía jurisprudencial ha indicado el Consejo de Estado⁸ que tal situación constituye un trato diferenciado que vulnera el principio de igualdad, respecto de los oficiales y suboficiales que si tienen reconocido este derecho en la normatividad en cita, por lo que se concluye que el soldado profesional que hubiere percibido esta partida en actividad tiene derecho a que le sea reconocida dentro de la asignación de retiro.

En este sentido, la sentencia de unificación de 28 de mayo de 2015,

(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.”

⁷ “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.

Parágrafo. 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.”.

⁸ Ver H. Consejo de Estado sentencias del 21 de octubre de 2014 (11001-03-15-000-2014-02296-00), 16 de marzo de 2015 (11001-03-15-000-2014-02434-01), 29 de abril de 2015 (11001-03-15-000-2015-00801-00), 21 de mayo de 2015 (11001-03-15-000-2015-00917-00) y 11 de febrero de 2016 (11001-03-15-000-2015-03532-00), entre otras, todas ellas de la Sección Segunda.

proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado⁹, dispuso que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 procediendo así, la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, en aras de salvaguardar el principio de igualdad. Así lo expresó el Alto Tribunal:

“la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la Sala, concluyó que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada.

Al efecto, dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“La Asignación de Retiro

...

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

El derecho a la igualdad

...la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales “(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.”, es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

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 para 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

⁹ Expediente número: 11001-03-15-000-2015-00001-01(AC); C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a 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.

(...)

En este orden de ideas y dado que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, excluye la partida de subsidio familiar para efectos del cómputo en la asignación de retiro, resulta pertinente, conforme la jurisprudencia citada, inaplicar el referido artículo por inconstitucional al ser violatorio del derecho de igualdad.

De otro lado, como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰ como los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares efectúan aportes sobre el subsidio familiar, también lo deberán hacer los soldados profesionales a quienes se les ordene incluir dicho factor en la liquidación de la asignación de retiro, en el mismo porcentaje.

CASO CONCRETO

Conforme quedó establecido en la etapa de fijación de litigio, se encuentran probados los siguientes hechos:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor ELBERTH OTERO VIDAL una asignación de retiro, mediante Resolución No1005 del 06 de febrero de 2015, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de soldado profesional. (Fls. 5-6)

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. Subsección "C". Sentencia de 02 de septiembre de 2016. Proceso 2014-00637-01. Magistrada Ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto

El demandante fue aceptado como soldado voluntario desde el desde el 17 de julio de 1995 al 31 de octubre de 2003; a partir del 01 de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2015, estuvo vinculado como soldado profesional, es decir que su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004, este último para efectos de la asignación de retiro.

A folio 06 obra la certificación de las partidas computables y porcentajes tomados para liquidar la asignación de retiro del demandante, donde se relaciona el sueldo básico, la prima de antigüedad y subsidio familiar.

Incremento de la asignación de retiro del 40 al 60%.

En consecuencia, de acuerdo a la orientación jurisprudencial reseñada y a la situación fáctica anotada, en el presente asunto se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado voluntariosa 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional a partir del 01 de noviembre de 2003, razón por la cual tiene derecho a una asignación mensual de retiro equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja, tal y como se demuestra en los respectivo oficio que aquí se han demandado.

Liquidación de la prima de antigüedad.

Ahora, respecto al pago de la prima de antigüedad, deberá la entidad accionada promediar el 38.5% sobre el salario total devengado por el actor, y sumarla al 70% del salario que corresponde como asignación de retiro.

La Liquidación que se ordena en este fallo deberá efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad del 58.5%) y

de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro, valor al cual se incrementa el 38.5% del sueldo básico que corresponde a la prima de antigüedad que señala la ley.

	%
Sueldo básico soldado profesionales (SMMLV + 60%)	60
La prima de antigüedad que se devengó en actividad, cuyo reconocimiento máximo solo puede ser del 58.5%	58.5
Asignación de retiro corresponde al 70% del sueldo básico	70
La prima de antigüedad es el 38.5% del salario básico	38.5
Asignación Total de retiro corresponde a: 70% del sueldo total más el 38.5% de Prima de antigüedad	

Inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro en cuantía del 70%.

De conformidad con la jurisprudencia referenciada en el acápite normativo y jurisprudencial, el Despacho deberá inaplicar el artículo 13.2 párrafo único del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio constitucional de igualdad; en consecuencia, se declarará la nulidad de ordenará la inclusión de dicha partida en la asignación de retiro de los demandantes en el porcentaje que se hubiere reconocido a la fecha de su retiro, esto es, 62.5% conforme a los términos que prevé el artículo 11¹¹ del Decreto 1794 del 2000.

Igualmente, de las diferencias que resulten a favor del actor, la entidad demandada deberá descontar en forma actualizada el valor de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el porcentaje ordenado en el numeral 17.2 del artículo 17 del decreto 4433 de 2004, y por todo el tiempo en que el demandante haya devengado el subsidio familiar en

¹¹ ARTÍCULO 11. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

servicio activo.

Respecto a la de inclusión de todos los dineros devengados en actividad, esto es primas, vacaciones, cesantías, subsidio de familia, bonificaciones, sobresueldo e indemnizaciones en la asignación.

La solicitud de inclusión de todos los emolumentos devengados en actividad por el señor ELBERTH OTERO VIDAL, será despachada desfavorablemente ante la carencia de cualquier fundamento legal y jurisprudencial, como quiera que en el caso de los Soldados Profesionales, es claro que a través del Decreto 1794 de 2000 se establecieron sus prestaciones económicas en servicio activo, tales como una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40%, prima de antigüedad, prima de servicio anual, de vacaciones, de navidad, el subsidio familiar, entre otros; mientras que para efectos de la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004 únicamente tuvo en cuenta la asignación mensual incrementada en el 40 o 60% dependiendo el caso y un 38.5% de la prima de antigüedad, siendo estos junto con el subsidio familiar que se ha reconocido por vía jurisprudencial, las únicas partidas computables a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro.

NDEXACIÓN

Los valores resultantes serán ajustados, liquidados e indexados desde el 31 de marzo de 2015, fecha en la que se hizo efectivo el retiro, con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la asignación de retiro, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el

vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

PRESCRIPCION

No existe prescripción por cuanto el retiro del actor **ELBERTH OTERO VIDAL** se dio el 31 de marzo de 2015 y la reclamación ante el CREMIL fue el 14 de abril de 2015 (fls.7-9).

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

*3 Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹² ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas

¹² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El presente proceso buscaba el reajuste de la asignación de retiro.
- La entidad demandada no contestó del traslado de la demanda.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas parcialmente.
- La nulidad decretada, se fundamentan en las interpretaciones realizadas por el Consejo de Estado, en virtud del principio de favorabilidad e inaplicación por inconstitucionalidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenará en costas a la parte demandada por haber sido vencido, a pagar a la demandante la suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. No hay lugar a la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLÁRAR la nulidad del Oficio 2015-28116 por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición, presentada por el señor **ELBERTH OTERO VIDAL** identificado con C.C. 4.720.424, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DECLÁRAR la nulidad de la Resolución 1005 del 06 de febrero de 2015 por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación mensual de retiro al el señor **ELBERTH OTERO VIDAL** identificado con C.C. 4.720.424, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **ELBERTH OTERO VIDAL**, identificado con C.C. 4.720.424, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias debidamente indexadas, producto del reajuste ordenado con sus respectivos descuentos, desde el 31 de marzo de 2015.

QUINTO. La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO. En costas a la parte demandada a favor de la demandante, las cuales serán liquidadas por secretaría.

SEPTIMO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
Juez