



*JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA*

*PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 1100133350122015-00321-00
ACCIONANTE: LUIS EDUARDO MONSALVE LOPEZ
ACCIONADOS: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*

**ACTA No. 355 -17
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. el 14 de septiembre de 2017, a las 10:30 de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 32 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: YEIMY MIREYA VARGAS
Parte demandada: JEFERSON PUENTES TORRES

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- 1. Saneamiento del Proceso*
- 2. Decisión sobre Excepciones Previas*
- 3. Fijación del Litigio*
- 4. Conciliación*
- 5. Decreto de Pruebas*
- 6. Alegaciones Finales*
- 7. Decisión de Fondo*

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

Los apoderados de las partes manifestaron no encontrar vicios, el Despacho tampoco observa causal de nulidad, por tanto queda agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS.

Con la contestación de la demanda la entidad, propuso las excepciones denominadas: i) legalidad de las actuaciones de la Caja, - correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. ii) Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro. iii) Inexistencia del fundamento de lo solicitado. iv) Carencia de fundamento jurídico para solicitar el subsidio familiar. v) Ausencia de vulneración del derecho a la igualdad. vi) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja.

Ahora bien, encuentra el Despacho que la Caja de retiro de las fuerzas militares en la contestación a la demanda, no presentó excepciones previas, por lo tanto las exceptivas propuestas serán resueltas en la sentencia al estar relacionadas con el aspecto sustancial de lo debatido.

Decisión notificada en estrados

ETAPA III - ETAPA DE FIJACIÓN DEL LITIGIO

De conformidad con la demanda, la contestación y las pruebas allegadas al proceso el Despacho encuentra probados los siguientes hechos:

PROCESO 2015-321 LUIS EDUARDO MONSALVE LOPEZ C.C 5.690.025
TIEMPO SERVICIOS 20 años, 03 meses. Hoja de Servicios 3-5690025 (Fl. 11).
ACTO DE RECONOCIMIENTO Resolución Nro 2031 de 18 de abril de 2012 en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de soldado profesional (Fl. 09), efectiva a partir del 28 de mayo de 2012.
PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Sueldo básico y prima de antigüedad como soldado profesional (Fl. 9).
VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO El 01 de abril de 1993. (Fl. 11).
VINCULACIÓN SOLDADO PROFESIONAL 01 de noviembre de 2003 hasta el 28 de febrero de 2012 (Fl. 11).
FECHA PETICIÓN Con petición del 20 de diciembre de 2013 solicitó: (fl.3) <ul style="list-style-type: none">• Reliquidación de su asignación de retiro 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%.• Reliquidación de su asignación de retiro sin afectar doblemente la partida de prima de antigüedad, es decir sin aplicar el 70%.• Inclusión del subsidio familiar.
ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO <ul style="list-style-type: none">• Oficio 2014-3253 del 21 de enero de 2014 CREMIL negó la petición del 20 de diciembre de 2013. (fl 5)• Oficio 20145660158531 MDN CGFM.CE.JEDEH.NOM del 19 de febrero de 2014 mediante el cual el Ministerio de Defensa negó la

modificación de la hoja de servicios. (fl 8)

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien sobre la fijación del litigio

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a un asunto de puro derecho dirigido a determinar si la asignación de retiro que recibe el actor debe ser ajustada teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad, es decir en un 60%, ii) la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total, iii) como partida computable el subsidio familiar.

Decisión notificada en estrados

ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta a la apoderada de la demandada si les asiste ánimo conciliatorio, quien manifiesta que no existe fórmula.

Escuchado lo manifestado por la entidad demandada y dada su falta de ánimo conciliatorio, el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y la contestación a la misma y que son las que obran en el expediente.

Ahora bien, como quiera que no existen más pruebas que practicar, y además considera el Despacho que no se hace necesario decretar pruebas de oficio, se prescindirá del periodo probatorio de conformidad con el artículo 179 inciso final del CPACA

Decisión notificada en estrados

ETAPA VI ETAPA DE ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público, cuyos argumentos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

ETAPA VII FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la asignación de retiro que recibe el demandante en su calidad de soldado profesional® debe reajustarse teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad en un 60% de conformidad a lo previsto en el artículo 1º del decreto 1794 de 2000, ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total, y iii) incluyendo como partida computable el subsidio familiar, en virtud del derecho a la igualdad, habida cuenta que para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares si está regulado este reconocimiento.

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

CONSIDERACIONES

I 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.

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 1º 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

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.

80

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%).” (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 4º 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, 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; (...)

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

(...) 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.

II Liquidación de la prima de antigüedad

Sobre este punto, el Decreto 1794 regula en su artículo 2º 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.

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

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 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.

III Subsidio familiar

Para los soldados profesionales e infantes de marina, el subsidio familiar fue reglado de la siguiente manera.

Por el Decreto 1794 de 2000:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. *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.”

La citada norma estableció a favor de los soldados profesionales el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad; norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1. *Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, parágrafo primero. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% salario básico mensual + 100% prima de antigüedad mensual,*

ARTÍCULO 2º. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”*

Años después, se ajustó aún más la reglamentación del subsidio familiar para los soldados profesionales, estableciendo que ingresaría como partida de la asignación de retiro, caso en el cual expidió el Decreto 1161 de 2014, norma que en lo pertinente dispone:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.*

Parágrafo 2. *Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

Parágrafo 3. *Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.”*

(...)

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De manera sucesiva, fue dictado el **Decreto 1162 de 2014**, con el que reglamentó el porcentaje a tener en cuenta como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales que causaron el derecho antes del Decreto 1161 de 2014, es decir, al amparo de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, así:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De esta forma, resulta claro que la reglamentación del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales comprende dos momentos, el primero de ellos antes del 01 de julio de 2014 para el personal que causó el derecho antes esta fecha, devenga el subsidio en cuantía del 4% del sueldo básico más el 100% de la prima de antigüedad siguiendo los lineamientos del decreto 1794 del 2000, mientras que el personal que cause el derecho a partir del mes 01 de julio de 2014 deberán estar sometidos a las reglas contenidas en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, cuya cuantía oscila entre el 20% y el 26% de la asignación básica mensual.

Ahora bien, previo a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, no se había dicho nada sobre el computo del subsidio de familia para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo que es necesario señalar que este emolumento no formaba parte de las partidas computables para liquidar la prestación, en efecto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004⁶, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de

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

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, 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

(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.

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

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 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

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **LUIS EDUARDO MONSALVE LÓPEZ** una asignación de retiro mediante Resolución No. Nro 2031 de 18 de abril de 2012, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% en su calidad de soldado profesional. (Fls. 9)

Con la hoja de servicios 3-5690025, se puede colegir que se vinculó al ejército nacional con antelación al 31 de diciembre de 2000; y prestó sus servicios como soldado profesional hasta el 28 de febrero de 2012 (Fl. 11), 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.

Respecto a la inclusión del 20% en la asignación de retiro.

En consecuencia, de acuerdo a la orientación jurisprudencial reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuicio, se puede colegir que los demandantes se encuentran dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado voluntarios a 31 de diciembre de 2000 y pasaron a ser soldados profesionales a partir del 01 de noviembre de 2003, razón por la cual tienen 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 el oficio demandado.

Respecto al reajuste por la inclusión de la prima de antigüedad.

Deberá la entidad accionada promediar el 38.5% sobre el salario total devengado por los demandantes, y sumarla al 70% del salario que corresponde como asignación de retiro.

Las Liquidaciones que se ordenan en este fallo deberán efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento

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

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 soldados 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	

Respecto al reajuste del subsidio familiar en un 70%

Teniendo en cuenta que los demandantes adquirieron el reconocimiento de su asignación mensual de retiro antes de promulgarse los Decretos 1161 y 1162 del 2014, de conformidad con la jurisprudencia referenciada, esta judicatura inaplicara el parágrafo del artículo 13.2 del decreto 4433 de 2004, toda vez que excluye de la liquidación de la asignación de retiro el subsidio familiar, y en consecuencia, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reajustar la asignación de retiro de los demandantes con la inclusión del subsidio familiar en términos similares a los aplicados a los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, es decir atendiendo lo dispuesto en el numeral 13.1.7 del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, es decir "en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", que para el caso es el 62.5 %, guarismo que resulta de adicionar el 4% del sueldo básico, al 58.5% de la prima de antigüedad.

Conforme a las consideraciones expuestas en precedencia, el Despacho declarara la nulidad del Oficio 2014-3253 del 21 de enero de 2014 expedido por CREMIL y no se pronunciara sobre la nulidad el oficio 20145660158531 MDN CGFM.CE.JEDEH.NOM del 19 de febrero de 2014, mediante el cual el Ministerio de Defensa negó la modificación de la hoja de retiro de servicios, toda vez que esta entidad no fue vinculada en el auto admisorio y de acuerdo a la naturaleza de la pretensión se estableció que la legitimada es CREMIL.

Las diferencias que resulten a favor de los demandantes, la entidad 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 servicio activo.

PRESCRIPCIÓN

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a

partir del 28 de mayo de 2012 y la reclamación de reajuste fue presentada el 20 de diciembre de 2013.

INDEXACION

Los valores resultantes serán ajustados 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.

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.

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 Estado¹¹ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas 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 proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante. 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 y la complejidad del asunto, se condenará en costas a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES por haber sido vencida en juicio a favor del demandante con 1.5 S.M.M.L.V.

La liquidación de costas incluye agencias en derecho y gastos procesales acreditados en el expediente. Se ordena realizar la correspondiente liquidación por Secretaría, de conformidad a lo expuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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 declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLÁRAR la nulidad del Oficio 2014-3253 del 21 de enero de 2014 por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición del 20 de diciembre de 2013 presentada por el señor **LUIS EDUARDO MONSALVE LOPEZ** identificado con C.C. 5.690.025, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **LUIS EDUARDO**

¹¹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

MONSALVE LÓPEZ identificado con C.C. 5.690.025, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado, desde el 28 de mayo de 2012, igualmente realizar los descuentos de ley en la proporción que corresponda al demandante por las diferencias salariales sobre las cuales debieron cancelarse los aportes durante la vida laboral y sobre el incremento de la asignación de retiro ordenada, desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO. 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.

QUINTO. En costas a la parte demandada a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

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

Decisión notificada en estrados

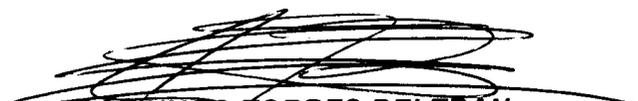
La entidad demandada interpone recurso de apelación, el cual sustentara de manera escrita dentro del término.



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ

YEIMY MIREYA VARGAS
PARTE DEMANDANTE

JEFERSON PUENTES TORRES
PARTE DEMANDADA



JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO