



169

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

**PROCESO NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 110013335-012-2015-00386-00
DEMANDANTE: RAUL MAHECHA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 121 -19**

En Bogotá D.C. a los siete (07) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019) siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc constituyó en audiencia pública en la sala 28 de la sede Judicial CAN, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: DRA. YENI PAOLA LOPEZ PAEZ a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia

Parte demandada: DR. JAVIER RAMIRO CASTELLANOS SANABRIA a quien se le reconoce personería jurídica en la audiencia

El Ministerio Público no se hizo presente.

CUESTION PREVIA

El Despacho precisa que atendiendo lo ordenado por el Tribunal de Cundinamarca, que dejó sin efecto el trámite adelantado a partir de la audiencia inicial, se llevarán a cabo todas las etapas que fueron declaradas con nulidad en dicha providencia.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

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. Fallo

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**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

EXCEPCIONES PREVIAS.

Con la contestación de la demanda la entidad propuso excepciones que constituyen argumentos de defensa y por tanto serán resueltas en la sentencia.

Decisión notificada en estrados

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:

RAUL MAHECHA C.C 30.458.585 (Folio 59 vto.)
TIEMPO SERVICIOS 20 años, 3 meses y 14 días (folio 9)
VINCULACIÓN SOLDADO VOLUNTARIO 16 de agosto de 1993 (folio 9)
PETICIÓN - El demandante interpuso derecho de petición ante el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el día 14 octubre de 2014, solicitando liquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que determina el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad. (Folio 2) - El día 13 de noviembre de 2014 radicó derecho de petición ante la misma entidad, requiriendo la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro tomando como base la liquidación de la asignación establecida en el artículo 1º inciso 2º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario) (folios 5 a 7).
VINCULACIÓN SOLDADO PROFESIONAL 01 de noviembre de 2003 (folio 9)
SE ENCONTRABA EN ACTIVIDAD HASTA 30 de marzo de 2012 (folio 9)
ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS - No. 2014-81942 de 23 de octubre de 2014 (folio 4) - No. 2014-91332 de 01 de diciembre de 2014 (folio 8)

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

El litigio se contrae a determinar si por efecto del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 le corresponde al actor conservar la asignación básica equivalente a un "Salario mínimo incrementado en un 60%" que devengó en su condición de soldado voluntario y de la misma forma si hay lugar a la reliquidación de la prima de antigüedad en virtud de la interpretación favorable del decreto 4433 de 2000.

Decisión notificada en estrados

ETAPA DE CONCILIACIÓN

La apoderada de la demandada manifiesta que a la entidad no le asiste animo conciliatorio, en tal sentido el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo y se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

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.

Decisión notificada en estrados.

ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a la parte actora para que presente alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el demandante en su condición de soldado profesional, tiene derecho a asignación básica "equivalente al salario mínimo incrementado en un 60%" igual a la que devengó como soldado voluntario, por la aplicación de la transición dispuesta en el artículo 1 inciso 2º del decreto 1794 de 2000 y el criterio de unificación del Consejo de Estado.

De igual forma se determinará si hay lugar a la reliquidación de la prima de antigüedad en virtud de la interpretación favorable del decreto 4433 de 2000.

CONSIDERACIONES

La **Ley 131 de 1985**, que reguló el servicio militar voluntario, indicó durante su vigencia en el artículo 4 ⁽¹⁾ que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%).

El **Decreto 1793 de 2000**, creó la condición de soldados profesionales, y estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares (o infantes de marina profesionales), en los siguientes términos:

«Artículo 1. Soldados profesionales. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

(...)».

Dicha norma en el párrafo del artículo 5, otorgó la posibilidad a los soldados voluntarios de incorporarse como soldados profesionales, así:

«Artículo 5. (...)

Parágrafo. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen». (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, el **Decreto 1794 de 2000**, 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 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 norma en cita, estableció para los soldados profesionales una remuneración equivalente a “un salario mínimo incrementado en un 40%” para quienes se incorporen con posterioridad a su vigencia.

Sin embargo, para aquellos “soldados voluntarios” que fueron incorporados como soldados profesionales, la norma dispuso que podían conservar su remuneración equivalente a un “**salario mínimo incrementado en un 60%**”

La interpretación de esta normatividad la hizo el Consejo de Estado² con criterio unificador en los siguientes términos:

¹ ARTICULO 4°.- 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 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

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%."

Los efectos del reajuste sobre las demás prestaciones.

El máximo Tribunal³, en la sentencia que se ha venido haciendo alusión precisó en relación con las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005, que el reajuste del 20% tiene incidencia para la reliquidación de las demás prestaciones

"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**, 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.

PRIMA DE ANTIGUEDAD

Para establecer si corresponde sumar o no la prima de antigüedad con la asignación básica para determinar la base de la asignación de retiro, el Despacho procede a relacionar los siguientes antecedentes.

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

La jurisprudencia ha venido accediendo a esta pretensión, ordenando liquidar la prima de antigüedad con el 38.5%, resultado que se adiciona directamente al 70% del salario básico.

Dicha fórmula fue adoptada por cuanto se advirtió que la Asignación de retiro de los soldados profesionales era liquidada de manera inequitativa en comparación con la forma en que se liquidaba a los restantes miembros de las fuerzas militares, y por ende aplicar a la prima de antigüedad el 70% para establecer la asignación de retiro, de la forma en que se hace para los demás miembros de la fuerza, arrojaba un valor muy disminuido de la asignación.

Este Despacho **puesto en la tarea de revisar las razones por las cuales se presenta la tan denotada desigualdad** consideró, en providencia anterior, que existía una omisión legislativa y con fundamento en ella modificó la fórmula que en términos generales se viene aplicando en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, revisado nuevamente el tema se advierte que, en realidad, no se tipifica la supuesta omisión legislativa sino que se trata de un asunto de **inconstitucionalidad de los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 del 2004**, como se explicará a continuación.

Inaplicación por Inconstitucionalidad del numeral 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004

El art 13 del Decreto 4433 del 2004 establece las partidas computables para determinar el monto de la asignación de retiro.

ARTICULO 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:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

(Se subraya)

Como se puede observar, el numeral 13.1 regula para los oficiales y suboficiales la inclusión total de la prima de antigüedad, en tanto que en el numeral 13.2 la limita a los porcentajes establecidos en el art. 18 de la misma reglamentación.

La diferencia podría obedecer a que los primeros cotizan en actividad sobre el total de la prima en tanto que a los soldados profesionales el legislador estableció la base de liquidación disminuyéndola según los años de servicio.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política, Acto legislativo 01 del 2005, las pensiones, asignación de retiro en este caso, están directamente relacionadas con las cotizaciones que se hicieron en actividad.

“Art. 1. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”

En ese sentido se otorga como tasa de retorno el 70% del valor de dichas partidas. Así se dispuso en el caso de los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor dispuesto en el Artículo 15 del Decreto 4433 de 2004.

ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (...) 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, así:

Art. 15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

Pero, como ya se dijo, en el caso de los soldados la base de cotización de la prima de antigüedad varió, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la misma normatividad: (Decreto 4433 de 2004)

- 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.” (Negrillas del Despacho)*

Lo anterior significa que el soldado que se jubile con 20 años de servicio, para tomar un ejemplo, habría cotizado solo 9 años con el 38,5%, en tanto que los primeros once años realizó aportes sobre una base superior, razón por la cual resulta contrario al precepto constitucional que reciba sólo el 38%, cuando el mandato establece una directa relación entre aportes y pensión.

Teniendo en cuenta entonces que la capitalización de los aportes permite sostener la pensión, consentir que la entidad administradora de los recursos pensionales, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, según el cual la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización, motivo por el cual corresponde inaplicar por Inconstitucional el numeral 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

La prima de antigüedad como parte del salario.

Es importante destacar que la prima de antigüedad hace parte del salario base de cotización para la asignación de retiro de los soldados profesionales, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

ARTICULO 39. REGIMEN DE PENSIONES. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993. El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. (..)

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

Esta norma es acorde con lo señalado en el régimen general de pensiones pues el Decreto 1158 de 1994 reglamentario de la ley 100 de 1993 estipula como factor salarial la obligación de incluir en la base de cotización la prima de antigüedad en su totalidad.

De manera que por principio, no podría incluirse solo un porcentaje de la prima antigüedad porque estaría la norma especial restringiendo derechos otorgados en la norma general.

Entiende entonces el Despacho que la intención del legislador al disminuir la base de cotización fue favorecer al soldado profesional con mayor antigüedad, lo que puede interpretarse como un subsidio, fijándole un menor porcentaje de cotización, sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales, pues de haber cotizado sobre el 100% de la prima de antigüedad, le asistiría el derecho a ser incluida en la asignación de retiro en su totalidad, sin necesidad de interpretaciones constitucionales.

Resta apuntar que la fijación del **salario** base de cotización tiene una connotación adicional y es permitir que el empleado cuente al momento de pensionarse, gracias a los rendimientos financieros de sus aportes, con un nivel de vida similar al que mantuvo cuando estaba activo, derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna.

Sobre la liquidación de la prima de antigüedad.

En relación con la inclusión de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, existen dos tesis que se ilustran en el siguiente cuadro:

<u>TESIS DE CREMIL</u> →	70% del <u>(Salario Básico + Prima de Antigüedad 38.5%)</u>
<u>PARTE DEMANDANTE</u> →	<u>(70% del salario básico)</u> + <u>(Prima de antigüedad 38.5%)</u>

--	--

Nótese que la diferencia radica en que la entidad para establecer la base de liquidación suma el salario básico con la prima de antigüedad y sobre este resultado calcula el 70%, mientras que la parte demandante solicita se calcule el 70% del salario básico, y a este resultado se le suma el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

La jurisprudencia⁴ del Consejo de Estado ha optado por la segunda tesis: “la liquidación ordenada por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se hace tomando el sueldo básico al cual se le debe aplicar el 70% señalado en la norma y a este valor se le suma la prima de antigüedad”. Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 2014⁽⁵⁾, señaló:

“...Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación” que precede al verbo “adicionado”.

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 (...).”

Ahora bien, según el análisis realizado por este Despacho en el que concluyó que la cotización sobre la prima de antigüedad en un 38.5% al tenor del artículo 18 del Decreto 4433 del 2004, es un tipo de subsidio otorgado por el legislador para los soldados más antiguos, no puede incluirse parcialmente la prima de antigüedad en la asignación de retiro, por ser parte del salario base de cotización.

En consecuencia, la base pensional debe ser liquidada bajo la siguiente fórmula:

$$70\% \left((\text{SMLMV } 100\%) + (\text{Incremento en un } 60\%) + (\text{Prima de antigüedad } 100\%) \right)$$

La tesis expuesta por este Despacho, en la que se incluye la prima de antigüedad en un 100%, no permite aplicar el criterio adoptado por la jurisprudencia en el que se calcula el 70% del Salario base, y luego se suma la prima de antigüedad, porque bajo esta fórmula se estaría reconociendo en la asignación un 100% de la prima de antigüedad.

⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Magistrado Ponente: Dr. Alberto Espinosa Bolaños Expediente 110013335011-2015-00159-01 Demandante Hernando De Jesús Cano Cáceres Demandado Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares Controversia soldado Profesional Prima De Antigüedad Providencia Fallo De Segunda Instancia ver también: 11001-33-42-051-2016-00034-01, 11001-33-35-018-2015-00419-01, 25307-33-40-002-2016-00061-

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Expediente núm. 2014-02292-01, C.P. Dra. María Elizabeth García González.

Con fundamento en estas razones, se ordenará que la asignación de retiro se liquide con el 70% de la asignación básica y prima de antigüedad tomada en su totalidad, elementos que integran la base de liquidación de la asignación de retiro según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

CASO CONCRETO.

Según la certificación laboral (fl.09) el señor RAUL MAHECHA fue aceptado como soldado voluntario desde el 16 de agosto de 1993 es decir en vigencia de la Ley 131 de 1985 y a partir del 01 de noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional, bajo los parámetros establecidos por los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

De manera que se encuentra dentro de los supuestos previstos en el **inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, por cuanto estaba vinculado como soldado voluntario a 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 percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%** y según quedó definido en la sentencia de unificación que se ha mencionado, el ajuste salarial del 40% al 60%, se hace extensivo a las prestaciones sociales que venía devengando, pues el salario básico mensual es la base para el cálculo de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, de manera que incrementado el salario se deben reliquidar estas prestaciones.

Así las cosas se declarará la nulidad de los actos administrativos No. 2014-81942 de 23 de octubre de 2014 y 2014-91332 de 01 de diciembre de 2014, y a título de restablecimiento del derecho se ordena el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales causadas desde el momento de su incorporación como soldado profesional, es decir, el **01 de noviembre de 2003** (fl.09).

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

Acorde con el análisis normativo precedente debe inaplicarse por inconstitucionalidad al artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004, pues el salario mensual como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional comprende la asignación básica más el 100% de la prima de antigüedad que devengaba al momento del retiro.

En consecuencia la liquidación del IBL 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 corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, sumando a la prima de antigüedad en su totalidad, y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

Partidas Computables
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)

La prima de antigüedad que se devengó en actividad en su totalidad
--

Asignación de retiro corresponde al 70% de las dos partidas anteriores

Corolario de lo visto la fórmula de liquidación de la asignación es la siguiente:

$$\text{Asignación de Retiro} = 70\% [\text{Sueldo básico} + \text{Prima de Antigüedad } 100\%]$$

Imprudencia de realizar descuentos por la diferencia que surge de incorporar el 100% de la prima de antigüedad en la base de liquidación.

En la generalidad de los casos cuando se ordena reliquidar una asignación de retiro, adicionando un factor o un mayor porcentaje del mismo se ordena que se realicen los respectivos descuentos para cubrir la diferencia en los aportes con destino al Sistema de Pensiones y el Despacho así lo ordenó en providencia anterior.

No obstante, comoquiera que la causa por la que el demandante no cotizó sobre el cien por ciento de la prima de antigüedad, fue la disposición del legislador entendida como una prerrogativa o privilegio especial a favor de los soldados con mayor antigüedad (cotización en menor porcentaje a partir del quinto año, como lo señala los numerales 18.3.1 a 18.3.7 del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004) no hay lugar a ordenar descuentos por la diferencia de aportes.

Prescripción

Cabe resaltar que aunque lo reclamado es un AJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, derecho que por su naturaleza es imprescriptible, no sucede lo mismo con las mesadas que allí se derivan, pues las mismas se extinguen si no son reclamadas oportunamente.

En el presente caso no existe prescripción por cuanto el retiro del actor se dio el 30 de marzo de 2012 y las reclamaciones ante CREMIL fueron presentadas los días 14 de octubre y 13 de noviembre de 2014 (folios 2 y 5)

Indexación

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁶, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

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, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que de acuerdo a la capacidad económica de la parte vencida, teniendo en cuenta que solamente hasta el 25 de agosto de 2016 se profirió sentencia de unificación respecto al tema por parte del Consejo de Estado y que la entidad conoció la posición jurisprudencial frente al tema pudiendo conciliar las pretensiones, se condenará a la entidad demandada a pagar la suma de 1 SALARIO MÍNIMOS LEGAL MENSUAL VIGENTE (2019) por concepto de costas (\$828.116).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° 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.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLÁRAR la nulidad del **Oficio No. 2014-81942 de 23 de octubre de 2014 (fl.4)** y del **oficio No. 2014-91332 de 01 de diciembre de 2014 (folio 8)** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**, a reajustar la asignación de retiro del señor **RAUL MAHECHA** identificado con cédula de ciudadanía No. 30.458.585, incrementando el salario mínimo legal vigente de un 40% a un 60%.

⁶ *Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00145987)*

TERCERO: RELIQUIDAR Y PAGAR con el reajuste del 20% la asignación de retiro y demás prestaciones sociales adicionales que pueda tener con ella.

CUARTO: ORDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor **RAUL MAHECHA** con C.C 30.458.585 de Bogotá, incluyendo la prima de antigüedad con la fórmula establecida en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. Las sumas que resulten habrán de indexarse de acuerdo a la fórmula establecida en el presente fallo.

SEXTO. CONDENAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a uno (01) salario mínimo legal mensual vigente (\$828.116), conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEPTIMO. DISPONER los remanentes de gastos procesales a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

OCTAVO: COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a las partes accionadas.

NOVENO. 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.

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

Decisión notificada en estrados.

EL APODERADO DE LA ENTIDAD DEMANDADA INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN EL CUAL SUSTENTARÁ DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


YENI PAOLA LOPEZ PAEZ
PARTE DEMANDANTE


JAVIER RAMIRO CASTELLANOS SANABRIA
PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD HOC