

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2017-00181-00
Demandante : NELSON SANTISTEBAN LOPEZ
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Nelson Santisteban López, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.11-26).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del Oficio N.º. 2016-64154 de 26 de septiembre de 2016, por medio del cual, negó el reconocimiento y pago de la duodécima parte de la prima de navidad.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...reajustar la asignación de retiro de mi poderdante con la inclusión de la partida duodécima parte de la prima de navidad, como partida computable en la asignación.

Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA".

1.3 Hechos.

Relata el demandante que prestó sus servicios al Ejército Nacional, por un periodo de 20 años.

Durante el tiempo de servicio activo como Soldado Profesional percibió la prima de navidad "que al momento del retiro correspondía al 50% de la asignación básica más la prima de antigüedad, según lo dispuesto en el artículo 5 del decreto 1794 de 2000".

Mediante Resolución No. 3632 de 7 de noviembre de 2006 se le reconoció asignación de retiro, en la cual no se incluyó la duodécima parte de la prima de navidad.

El 15 de agosto de 2016 el actor elevó petición ante la entidad con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la duodécima parte de la prima de navidad. Petición que fue denegada mediante oficio 2016-64154 de 26 de septiembre de 2016.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 1, 4, 13, 42, y 53; artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, artículos 2, 13 y 16 del Decreto 4433 de 31 de 2004, artículos 5 y 16 del Decreto 1794 de 2000.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, comoquiera que aplicó de manera errónea los métodos de interpretación normativa, vulnerando las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Arguye que el decreto por medio del cual se fija las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales va en contravía del principio de igualdad porque da un trato discriminatorio, pues la duodécima parte de la prima de navidad es una prestación que en actividad perciben todos los miembros de la Fuerza Pública, haciendo parte del salario, mientras que una vez se retiran del servicio, a los únicos que no se les computa la prima de navidad, en la asignación de retiro, es a los soldados profesionales, evidenciándose de esta forma un trato desigual y discriminatorio.

1.5 Contestación de la demanda.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual argumenta que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, contempla la partida de prima de navidad para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales, más no de los soldados profesionales, razón por la cual, no se tuvo en cuenta dicha partida en la asignación de retiro del actor, pues la norma no lo estipula, argumentando de esta forma, que actuó conforme lo dispone la ley.

1.6 Audiencia inicial

El 21 de junio de 2018, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de demanda.

La entidad demandada Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Se circunscribe a dilucidar, si al señor Nelson Santisteban López tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, le reliquide su asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ El demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular desde el 16 de junio de 1986 hasta el 31 de marzo de 1988. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 1 de abril de 1988 hasta el 1 de noviembre de 2003 y a partir de esta fecha se incorporó como soldado profesional siendo dado de alta el 30 de agosto de 2006 (fl.6).
- ✓ Mediante Resolución No. 3632 de 7 de noviembre de 2006 se reconoció el pago de la asignación de retiro al demandante (fs.11-13).
- ✓ El 15 de septiembre de 2016 el señor Santisteban López solicitó de la entidad la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad (fs.3-4).
- ✓ En Oficio No. 2016-64154 de 26 de septiembre de 2016, la entidad denegó la solicitud de reajuste de asignación de retiro deprecada por el actor (fl.5).

2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.2. De la Prima de Navidad para Soldados Profesionales

Se tiene que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece las partidas computables para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro en favor de los soldados profesionales, así:

“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.”

De la norma citada se infiere inequívocamente que la prima de navidad, no es partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos¹, ha indicado que el precitado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad, como quiera que establece un trato diferenciado respecto de los soldados profesionales sin que exista razón justificable. Al respecto dicha corporación, en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, expresó:

“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 la 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 esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia de 29 de abril de 2015, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado N°. 11001-03-15-000-2015-00801-00, Actor: José Edgar Moncada Rangel, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, C.P. Dra. María Elizabeth García González, Radicado N°. 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez.

un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita...

(...)"

Sobre el particular el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 24 de noviembre de 2016, preceptuó lo siguiente:

"(...)

De igual forma, respecto de la inclusión como partida computable de la prima de navidad, basta señalar que en virtud del principio de igualdad no se encuentra justificación constitucionalmente válida para que el legislador, dentro de sus facultades de libre configuración, excluyera tal emolumento como factor de la liquidación en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y se estimará como tal, para efectos de determinar la cuantía de esas prestaciones a los Suboficiales y Oficiales de la misma institución, pues como se ha venido considerando, el soldado profesional... .. no puede ver menguada su asignación de retiro, toda vez que, se estaría generando un perjuicio a quienes se encuentran categorizados en la base de la estructura militar y por ende tienen un salario menor.

(...)"²

Así las cosas, respecto de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como emolumento computable para la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales, este despacho replica los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado en providencia de 17 de octubre de 2013, arriba citada, como quiera que no se encuentra justificada la desigualdad existente entre el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares respecto a los soldados profesionales, en lo atinente a la inclusión del mencionado rubro como partida computable para determinar la cuantía de la asignación de retiro.

De acuerdo con lo anterior, este juzgador concluye, que en la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales debe incluirse como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", M.P. Dra. Patricia Victoria Manjarres Bravo, sentencia de 24 de noviembre de 2016, Rad N°. 253073333500120150044900, Demandante: Oliverio Vera; demandado: Cremil.

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular desde el 16 de junio de 1986 hasta el 31 de marzo de 1988. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 1 de abril de 1988 hasta el 1 de noviembre de 2003 y a partir de esta fecha se incorporó como soldado profesional siendo dado de alta el 30 de agosto de 2006.

Igualmente, está demostrado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 3632 de 7 de noviembre de 2006, le reconoció al señor Nelson Santisteban López, una asignación mensual de retiro así:

"- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 4886 de 2005) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).

-Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad."

Que mediante derecho de petición de fecha 15 de septiembre de 2016, el actor solicitó a la entidad demandada la inclusión de la duodécima parte de la prima de actividad, petición que fue denegada por la entidad demandada mediante Oficio No. 2016-64154 de 26 de septiembre de 2016 (fl.5).

En este orden de ideas, al haberse denegado la solicitud de inclusión de la duodécima parte de la prima navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del actor, se encuentra que se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba el acto acusado, razón por la cual, se accederán las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, atendiendo a la jurisprudencia en cita y al principio de igualdad considera el despacho que el señor Nelson Santisteban López tiene derecho a que el rubro de prima de navidad sea incluido en una duodécima parte como partida computable para efectos de reliquidar su asignación de retiro.

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho se acoge a la tesis expuesta por el Consejo de Estado³, que discurrió:

“Ahora bien, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en su artículo 43 dispuso: “Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.”

De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que le faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional”.

Conforme lo anterior, el Decreto 4433 de 2004 al regular la prescripción, excedió los límites establecidos por la Ley 923 de 2004, razón por la cual se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968⁴, el cual

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 25000-23-25-000-2007-00107-01 (0628-08), demandante: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo y demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁴ “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”.

consagra que "El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años".

Así las cosas, comoquiera que el demandante presentó la solicitud de inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro el 15 de septiembre de 2016 (fs.3-4), en relación con lo expuesto, el pago de las diferencias que resulten del respectivo reajuste procede a partir del 15 de septiembre de 2012.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, pagará al demandante las sumas que resulten a favor de éste, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso"⁵.

⁵ Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que

y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

⁶ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la parte accionada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.⁷

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARASE LA NULIDAD del Oficio No. 2016-64154 de 26 de septiembre de 2016, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a:

Reconocer y pagar al señor NELSON SANTISTEBAN LOPEZ, identificado con C.C. 17.548.828, la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, a partir del 26 de noviembre de 2006 pero con efectos fiscales desde el 15 de septiembre de 2012 por prescripción cuatrienal, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. DECLARASE probada de oficio la excepción de prescripción de las acreencias causadas con anterioridad al 15 de septiembre de 2012, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

CUARTO. La entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre el salario percibido y el incremento aquí ordenado, según la formula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

⁷ Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

QUINTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez