

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00094-00
DEMANDANTE: GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ
**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL -.**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Geremías Salazar Suarez, identificado con C.C. N°. 80.541.061, a través de apoderado, promovió el 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 -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“1º. Que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados con el OFICIO 0043022 de 26-JUL-2017, y el OFICIO 0110768 del 23-NOV-2018, donde la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó: 1) La reliquidación de la prima de antigüedad, 2) la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad; 3) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidadas con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; al Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC 80541061, en la asignación mensual de retiro o mesada pensional.

2º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la prima de antigüedad para el Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC80541061, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004, sin tomas de porcentaje en dos veces a la prima de antigüedad.

3º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer e incluir el subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad en la asignación de retiro para el Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

4º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, en asignación de retiro para el Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

5º. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del Abogado que representa al Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se transcriben:

“1. El señor Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado profesional, como consta en la hoja de servicios que reposa en el expediente pensional.

2. Que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), con la RESOLUCIÓN 1199 de 21-FEB-2017, reconoció el derecho a la asignación de retiro al señor Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106.

3. Que CREMIL para liquidar la asignación de retiro del señor Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, tomó el sueldo básico, después toma la partida de la prima de antigüedad en un 38.50%, realiza una suma de estas dos partidas; posteriormente, saca por segunda vez un porcentaje, el 70% para la liquidación del derecho, y por último queda el valor total a reconocer.

4. Que CREMIL reconoció en el acto administrativo de la asignación de retiro, el subsidio familiar a favor del señor Soldado Profesional Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, en el 30% del valor reconocido en actividad y no el porcentaje total del valor reconocido en actividad.

5. Que CREMIL no incluyó como factor o partida en la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad devengada por el actor en actividad, como consta en la certificación que hace parte de las pruebas.

6. Que se suscribió derecho de petición de fecha 27-JUN-2017 y petición de fecha 14-NOV-2018 ante CREMIL, con las siguientes pretensiones: 1) Que se reliquide la asignación de retiro del señor Soldado Profesional GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ CC8054106, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho pensional sin computar o tomar dos veces porcentaje a la prima de antigüedad; 2) Que se reconozca, se incluya y/o reliquide el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad; 3) Que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad al demandante, liquidada con los últimos haberes, como partida o factor pensional en la asignación de retiro, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho pensional; 4) Que se expidiera certificación o se indique las partidas computables tenidas en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro.

7. Que CREMIL, mediante OFICIO 0043022 FECHA 26-JUL-2017 y 0110768 DE FECHA 23-NOV-2018 REITERA LA RESPUESTA OFRECIDA DE FORMA NEGATIVA A LA PETICIÓN (...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42,43,44, 48, 53, 93 y 150.

De orden Legal: Ley 4º de 1992, Artículo; Ley 1437 de 2011, Decreto 1793 del 01 de septiembre de 2000, Decreto 1794 del 01 de septiembre de 2000, Ley 923 de 2004, Decreto 3770 de 2009, Decreto 4433 de 2004, Decreto 1162 de 2014, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Art. 2 derecho a la igualdad, Art. 14 derecho al trabajo y a una justa retribución, art.18 derecho de justicia; La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José); obligación de respetar los derechos, Art. 8.1 garantías judiciales; El Convenio Internacional del Trabajo N° 111 (Ley 22 de 1967).

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, como quiera que desde que la entidad demandada aplica en indebida forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al liquidar la prima del resultado obtenido entre la sumatoria de la asignación básica y el porcentaje prima de antigüedad (38.5%), y a aquel se le aplica el 70%. Además, sostiene que se deben incluir como partidas computables de la asignación de retiro la duodécima de la prima de navidad y el subsidio familiar, emolumentos estos percibidos en actividad, por ello, deben reconocerse por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

En efecto, la parte demandante sostiene que los soldados profesionales son los más desfavorecidos respecto de los factores salariales que componen la asignación de retiro, por lo que el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro tiene asidero, bajo el presupuesto del derecho a la igualdad. De modo que, debe reconocerse el subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad y no en el 30%.

Igual suerte corre la prima de actividad, pues a pesar de ser una prestación constitutiva de salario, no fue considerada por el legislador como partida computable de la asignación de retiro, pero si lo es para otros grados de la jerarquía militar.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en consideración a que de acuerdo a la normatividad vigente no es posible incluir el subsidio familiar y la prima de navidad como partidas computables dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales. Respecto de la pretensión de reajustar la prima de antigüedad, la entidad demandada sostiene que deberá darse aplicación a la extensión jurisprudencia establecida en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.3 Alegatos

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020², que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada¹, el despacho mediante proveído del 13 de noviembre de 2020², corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentarán sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes guardaron silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

En el presente asunto se pretende establecer: Si el señor Geremías Salazar Suarez tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - , le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta los porcentajes fijados en la ley para la prima de antigüedad, y se incluyan como partidas computables el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, en los términos señalados en la demanda.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Geremías Salazar Suarez prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 21 años y 22 días, siendo su último cargo y grado el de Soldado Profesional.
2. Mediante Resolución N°. 1199 de 21 de febrero de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro al demandante.

² "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

3. Los días 27 de junio de 2017 y 14 de noviembre de 2018, el señor Geremías Salazar Suarez, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición ante la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, en el cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el salario mínimo legal incrementado en un 60%, y la Prima de Antigüedad, el subsidio familiar y la prima de navidad.
4. La entidad demandada mediante los Oficios Consecutivos Nos. 2017-43022 y 2018-110768, al resolver la petición presentada por el demandante, decidió negar la solicitud de reajuste, por considerar que la asignación de retiro del demandante se encuentra ajustada a derecho.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa 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.

2.3.1 Liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433, establece que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio con 20 o más años de servicio, tendrán derecho al reconocimiento de una asignación de retiro, una vez cumplan los tres meses de alta. Asimismo, la referida norma establece la fórmula para calcular o establecer la liquidación de la asignación de retiro, así:

“ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, **equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Énfasis agregado).

De acuerdo a la norma en mención, la asignación de retiro que se les debe reconocer a los soldados profesionales es equivalente al 70% del salario contenido en el numeral 13.2.1 más un 38.5% por concepto de Prima de Antigüedad.

Al analizar minuciosamente la precitada norma, observa el Despacho, que la asignación básica a que se refiere dicho artículo es la contemplada en el inciso 1º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, al salario mínimo mensual legal vigente más el 40% de aquel (140%); sin embargo, como antes se indicó, atendiendo al principio de favorabilidad a aquellos soldados que se encontraban a 31 de diciembre de 2000, vinculados como soldados voluntarios de conformidad con la Ley 131 de 1985, se les debe liquidar dicho factor (sueldo básico) en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% (160%), en consideración a la excepción contenida en el inciso 2º del mencionado artículo.

Ahora bien, respecto de la forma de liquidar la prima de antigüedad advierte el despacho que existen dos formas de interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; la primera de ellas, de orden restrictivo, es la aplicada por la entidad demandada, pues suma los valores arrojados por concepto de sueldo y prima de antigüedad (Asignación de Retiro = Salario + % Prima de antigüedad * 0.70); mientras que la segunda, y que a juicio de este juzgador es la ajustada al sentido literal de la norma, obedece al 70% del sueldo básico **sumado (adicionado)** con el porcentaje de prima de antigüedad (Asignación de Retiro = Sueldo Básico * 0.70 + % prima de antigüedad).

Del análisis anterior, resulta claro para el Despacho, atendiendo no sólo al sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido que al 70% del salario básico se le debe **adicionar** el porcentaje por prima de antigüedad (38.5%), sino también en consideración al principio de favorabilidad. Al respecto se atiende, que el H. Consejo de Estado, en sentencia de 29 de abril de 2015³, al resolver una tutela en un caso similar al que aquí se debate indicó:

“(…)

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 se 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 700% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “**Adicionado**”.

En tal sentido, esta Colegiatura 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 que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte

³ CE, SCA, S2, SS “A”, 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.

Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de esta se le aplica, además, un 70% que la ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exegesis y lógico entendimiento del mismo.
(...)"

Así las cosas, se tiene que la liquidación de la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales quienes venían vinculados de conformidad con la Ley 131 de 1985 al 31 de diciembre de 2000, se debe liquidar con el equivalente al 70% del salario contemplado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (1 SMMLV +60%) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de antigüedad.

2.3.2. Del subsidio Familiar y 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 tanto el subsidio familiar como la prima de navidad, no son partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos⁴, ha indicado que el precitado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (arriba citado) 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

⁴ CE, SCA, S2, SS “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 / CE, SCA, S1, sentencia de 11 de diciembre de 2014, C.P. Dra. María Elizabeth García González, Radicado N°. 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez.

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 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 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...

(...)"

Ahora bien, mediante el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014⁵, se dispuso que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina profesionales de las Fuerzas Militares tendrán derecho a que se les incluya como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez el 30% del valor devengado por concepto de subsidio familiar. En efecto, el contenido literal de la mencionada norma dispone lo siguiente:

"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 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."

No obstante, lo anterior, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014⁶, creó el Subsidio Familiar para Soldados Profesionales que no percibieran dicho factor regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, empero, en la referida norma, respecto de la inclusión de del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, se dispuso lo siguiente:

⁵ "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares".

⁶ "Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones".

“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.”

Atendiendo lo aquí expuesto, se advierte que, para los soldados profesionales que les fue reconocido el subsidio familiar en vigencia del Decreto 1794 de 2000, dicho rubro se reconoce como partida computable según lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, esto es, el 30% de lo devengado en actividad por aquel. Al contrario, a aquellos soldados que se les hubiere reconocido el subsidio familiar previsto en el artículo 1º del Decreto 1161 de 2014, les sería el artículo 5º ídem; es decir, se reconocería el 70% de lo devengado en actividad por el referido concepto.

Y en términos de la reciente sentencia de unificación⁷, de fecha 25 de abril de 2019 se sentó como regla jurisprudencial respecto del reconocimiento del subsidio familiar lo siguiente:

“185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁸, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

-Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

-Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009⁹, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.¹⁰

186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya

⁷ Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

⁸ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁰ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%¹¹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹² y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. (...)"

En la citada sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado precisó, respecto de las partidas computables para la asignación de retiro, que son aquellas "enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.", o las "partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales (...) deben realizarse los correspondientes aportes."

De esta manera, el Consejo de Estado excluyó la posibilidad de incluir otras partidas computables a la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, entre otras, la duodécima parte de la prima de navidad.

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

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el 05 de julio de 1995. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 15 de agosto de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; y en condición de soldado profesional desde el 01 de noviembre del mismo año hasta el 30 de marzo de 2017.

Igualmente, está demostrado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución N°. 1199 de 21 de febrero de 2017, le reconoció al señor Geremías Salazar Suarez, una asignación mensual de retiro, así:

"- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 de 30 de Diciembre de 2015) 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 (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del Subsidio Familiar devengado en actividad, de

¹¹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹² El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.”

Que mediante derecho de peticiones de fecha 27 de junio de 2017 y 14 de noviembre de 2018, el actor solicitó a la entidad demandada el reajuste salarial del 20%, así como también, el reajuste de la prima de antigüedad y del subsidio familiar, atendiendo a la errónea forma de liquidación de la entidad demandada; y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad; solicitudes que fueron denegadas por la entidad demandada mediante Oficios Nos. Consecutivos Nos. 2017-43022 y 2018-110768.

En este orden de ideas, considera el despacho que el señor Geremías Salazar Suarez tiene derecho a que la asignación de retiro teniendo en cuenta el 70% del salario (inciso 2° artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), es decir, que para el año 2017¹³, el sueldo básico debe computarse, así:

- Salario mínimo \$ 737.717
- Salario mínimo + 60% = \$ 1'180.347,2
- Asignación o sueldo Básico = \$ 826.243

Así, se tiene que la asignación básica o sueldo básico se reconoció en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, es decir, teniendo en cuenta el 70% del salario. Al valor antes indicado, debe sumarse o adicionarse el 38.5% por concepto de prima de antigüedad y el subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014.

Así, el despacho no atiende la pretensión de inclusión del subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2004, pues por habersele reconocido dicho emolumento en vigencia del Decreto 1794 de 2000, su régimen aplicable es el contenido en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014.

Decisión.

De conformidad con lo expuesto, se declarara la nulidad parcial de los oficios Nos. 2017-43022 de 26 de julio de 2017 y 2018-110768 de 23 de noviembre de 2018, suscritos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (en adelante CREMIL), por

¹³ El Despacho se refiere al año 2015 a manera de ejemplo; sin embargo, el reajuste aquí ordenado deberá efectuarse desde la fecha que se indique en la parte resolutive del presente proveído.

medio de los cuales se negó al demandante el reajuste de la asignación básica y la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, como partidas computables de la asignación de retiro.

En consecuencia, se ordenará reajustar la prima de antigüedad en cuantía igual al 38.5%, valor que debe adicionarse al salario o sueldo básico.

Por el contrario, la pretensión de reajuste del subsidio familiar será desestimada, por cuanto aquella se reconoció de acuerdo al régimen correspondiente al demandante.

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho venía acogiendo la postura del Consejo de Estado expuesta en la 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. En dicha, sentencia concluyó el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo que el Decreto 4433 de 2004 al regular la prescripción, excedió los límites establecidos por la Ley 923 de 2004, razón por la cual se debía dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968¹⁴, el cual consagraba que “El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años”.

No obstante, el Consejo de estado en sentencia de O-225 de 10 de octubre de 2019¹⁵, al estudiar la nulidad del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, denegó las pretensiones de la demanda, convalidando con ello la legalidad de la prescripción cuatrienal prevista en la citada norma.

Atendiendo lo dispuesto, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por el señor Geremías Salazar Suarez ante CREMIL, el día **27 de junio de 2017**, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, que las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **27 de junio de 2013**, se encontrarían prescritas; sin embargo, como la asignación

¹⁴ “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”.

¹⁵ CE, SCA, SS, Rad. Nos. 2171-2012 acumulado con 1501-2015.

de retiro le fue reconocida al demandante a partir del **30 de marzo de 2017**, no hay lugar a declarar la prescripción de derechos.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados 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 regirán por las normas del Código General del Proceso”¹⁶.

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

¹⁶ 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 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.

(...)

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 derecho¹⁷, como tampoco se encuentran probadas en el proceso -las agencias en derecho y los gastos del proceso-.

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

FALLA

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial de los Oficios consecutivos Nos. Nos. 2017-43022 de 26 de julio de 2017 y 2018-110768 de 23 de noviembre de 2018, suscritos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de los cuales se negó señor Geremías Salazar Suarez, identificado con C.C. N°. 80.541.061, en cuanto negaron el reajuste de la prima de antigüedad.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, deberá reajustar y pagar la asignación de retiro al señor Geremías Salazar Suarez, identificado con C.C. N°.

¹⁷ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "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 SOTELLO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

80.541.061, liquidando la prima de antigüedad en cuantía equivalente al 70% del salario básico (inciso 2º artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) adicionado o sumado con el 38.5% por concepto de prima de antigüedad, a partir del **30 de marzo de 2017**.

CUARTO. La entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre percibido por lo pagado y el incremento aquí ordenado sobre la asignación básica y la prima de antigüedad, según la formula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

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

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

NOVENO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2019-00094-00
DEMANDANTE: GEREMÍAS SALAZAR SUAREZ
DEMANDADO: CREMIL

Código de verificación:

c3109a621b9f0e14798a87443130a8eb421da263baeb3e873cfc4731eeaac3e

Documento generado en 14/12/2020 04:07:54 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>