



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

**PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 110013335012-2015-00345-00
ACCIONANTE HECTOR MANCERA GONZALEZ
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**ACTA No. 165-18
AUDIENCIA DE PRUEBAS, ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTS. 181 Y 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 04 días del mes de mayo de 2018, siendo las 10:00 a.m. de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario Ad hoc, constituyó audiencia pública en la **Sala 34** del Complejo Judicial CAN y la **DECLARÓ ABIERTA** a efecto de adelantar la audiencia inicial, dentro del presente proceso con la asistencia de los siguientes:

1. INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: PAOLA FERNANDA MURILLO SUAREZ

PARTE DEMANDADA: JEFERSON PUENTES TORRES.

Se reconoce personería jurídica al abogado de conformidad con el poder allegado a esta audiencia.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decreto de Pruebas
2. Alegaciones Finales
3. Juzgamiento

ETAPA I: DECRETO DE PRUEBAS

En la audiencia inicial el Despacho con el fin de tener claridad sobre las partidas y porcentajes que se han venido cancelando en la asignación de retiro del actor, ordenó a la parte actora aportar al proceso copia de los tres últimos desprendibles de pago de la mesada pensional del demandante y certificación de las partidas computables.

La documental solicitada fue aportada el 27 de abril de 2018, y en los desprendibles de nómina se aprecia como partidas computables del actor, solamente la prima de antigüedad, y que para el mes de abril hogaño la

demandada incrementó la asignación básica en el 20%, dando cumplimiento a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

Recaudado el material probatorio solicitado, se da por terminada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

Se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión quienes se abstuvieron de hacerlo.

ETAPA VII. FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

*Consiste en determinar si la asignación de retiro que recibe el señor **HECTOR MANCERA GONZALEZ** en su calidad de Soldado Profesional (R) debe reajustarse teniendo en cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad de un 40% al 60% de conformidad a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total, y iii) si debe incluirse el subsidio familiar devengado en actividad, habida cuenta que para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares si está regulado este reconocimiento.*

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

CONSIDERACIONES

RECONOCIMIENTO DEL 60% SOBRE EL SALARIO BASE DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES E INFANTES DE MARINA

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

La ley 131 de 1985, que regula el servicio militar voluntario, indica en el artículo 4º ⁽¹⁾ que quien lo preste, devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

A su vez, el Decreto 1793 de 2000, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares;

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

permitiendo con el artículo 42 ⁽²⁾, su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 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 interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado³ con criterio unificador en los siguientes términos:

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

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.”

De igual manera, en relación con las demás prestaciones que señala el

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

³ Consejo de Estado. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Consejera Ponente: **Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**. Radicación número: CT-SUJ2 859013333002201300060 01

Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales, el alto Tribunal señaló:

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

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

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados y/o infantes de marina voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares son beneficiarios del incremento del 60% sobre el salario mínimo, por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, **cuyos efectos son extensivos en la liquidación de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías.** Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Solicita el actor en este punto que a la partida de prima de antigüedad del 38.5% no se le aplique el 70 con el que se liquida la asignación de retiro conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

El Despacho encuentra que sobre el tema la jurisprudencia ha venido accediendo a la 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 desigual e 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 manera 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.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 13 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”

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 10 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 obedece 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. Y así se dispuso en el Decreto 4433 para los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor:

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:

- 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, cotizó 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 de manera que la capitalización de los aportes permitan sostener la pensión; consentir que la entidad administradora de los recursos pensional, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta inconstitucional.

Bajo estas consideraciones el mencionado artículo debe ser inaplicable.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL art 18 del Decreto 4433 del 2004 NUMERAL 13.2.2 “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”

ARTÍCULO 18. APORTES DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

- 18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.
- 18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.
- 18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).
- El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así.
- 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.

Para el Despacho, la intención del legislador con esta "prebenda" fue favorecer al soldado profesional, sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales.

En primer lugar 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.

De acuerdo a la norma, que por demás se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización. Es decir, que **sobre el salario** se tiene que cotizar para que el rendimiento de esos aportes sostengan la pensión y no se vaya a modificar en su condición de pensionado el nivel de vida que mantuvo cuando era empleado, derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna.

En el caso de los soldados el salario está integrado por la asignación básica y la prima de antigüedad, de manera que los aportes deben liquidarse sobre la base del salario y no como se previó en el Decreto 4433 del 2004, porque de acuerdo a él se termina afectando la pensión del soldado o la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Al realizar este tipo de ponderación la jurisprudencia constitucional ha optado por amparar el derecho pensional y buscar mediante el pago actualizado de los aportes evitar un grave perjuicio de la sostenibilidad del sistema pensional.

Así las cosas, el Despacho inaplicará igualmente esta disposición y procederá a ordenar que la asignación de retiro se liquide con el 70% del salario, esto es con las partidas de asignación básica y prima de antigüedad, elementos que lo integran según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

Comoquiera que se decide inaplicar estas disposiciones, la prima de antigüedad que se incluye en la asignación de retiro es del 100% de lo devengado en actividad y a ella se le aplica el 70%.

SUBSIDIO FAMILIAR

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

Por el Decreto 1794 de 2000:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más

los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo:

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

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

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

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

(...)

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004⁴ o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

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

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el

⁴ ARTICULO 5o. Computation de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto. Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que a l Oficial, Suboficial o Agente, se le venia considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondia.

treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De esta forma, resulta claro que la reglamentación del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales se hace para dos escenarios diferentes:

- 1) Para aquellos que devengaban el subsidio antes **del 01 de julio de 2014**, a quienes se les aplica el Decreto 1162 del 2014 y en consecuencia dicha partida entra en la asignación de retiro de manera directa en un porcentaje del 30%
- 2) Para los que acceden al subsidio con posterioridad al 1 de julio quedan regidos por el Decreto 1161 de 2014 y esta partida entra en la asignación de retiro en un 70%

La DIFERENCIA se justifica en la distinta forma en que se liquida, pues el primero recibe el 4% de la asignación básica más la prima de antigüedad (que alcanza hasta un 58.5% del salario básico, en tanto que el segundo la cuantía oscila entre el 20% y el 26% de la asignación básica mensual dependiendo del número de hijos, es decir el subsidio pagado al régimen antiguo es mucho más alto que los regidos por el decreto 1161 del 2014.

De otra parte, previo a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, no se había dicho nada sobre el computo del subsidio de familia para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo que es necesario señalar que este emolumento no formaba parte de las partidas computables para liquidar la prestación. En efecto el artículo 16 del **Decreto 4433 de 2004**⁵, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, determinó para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, una vez terminados los tres meses de alta, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagará una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual junto con las partidas computables de que trata el numeral 13.2.1, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad⁶, adicionada en un 38.5%, sin que, en todo caso, dicha asignación de retiro sea inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esto, nos lleva a concluir que el subsidio familiar no fue contemplado en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, por vía jurisprudencial ha indicado el Consejo de Estado⁷ que tal situación

⁵ **Decreto 4433 de 2004.** Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicada 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.”

⁶ “Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas: así:

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”.

⁷ Ver H. Consejo de Estado sentencias del 21 de octubre de 2014 (11001-03-15-000-2014-02296-00), 16 de marzo de 2015 (11001-03-15-000-2014-02434-01), 29 de abril de 2015 (11001-03-15-000-2015-00801-00), 21 de mayo de 2015 (11001-03-15-000-2015-00917-00) y 11 de febrero de 2016 (11001-03-15-000-2015-03532-00), entre otras, todas ellas de la Sección Segunda.

constituye un trato diferenciado que vulnera el principio de igualdad, respecto de los oficiales y suboficiales que si tienen reconocido este derecho en la normatividad en cita, por lo que se concluye que el soldado profesional que hubiere percibido esta partida en actividad tiene derecho a que le sea reconocida dentro de la asignación de retiro.

En este sentido, la sentencia de tutela del 28 de mayo de 2015, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado⁸, dispuso que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 procediendo así, la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, en aras de salvaguardar el principio de igualdad. Así lo expresó el Alto Tribunal:

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

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

“La Asignación de Retiro

...

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

El derecho a la igualdad

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

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en 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.

⁸ Expediente número: 11001-03 15-000 2015 00001 01(AC)- C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

(...)

Finalmente, como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹ en razón a que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares efectúan aportes sobre el subsidio familiar, también lo deberán hacer los soldados profesionales a quienes se les ordene incluir dicho factor en la liquidación de la asignación de retiro, en el mismo porcentaje.

CASO CONCRETO

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **HECTOR MANCERA GONZALEZ** una asignación de retiro mediante Resolución 7085 de 14 de agosto de 2014, en cuantía del 70%, con una prima de antigüedad, adicionada en un 38.5% devengada en actividad en su calidad de Soldado profesional.

De los desprendibles de pago de nómina de la asignación de retiro del actor se aprecia que como partidas computables se toma únicamente la prima de antigüedad.

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

El Despacho tiene en cuenta lo manifestado por los apoderados de las partes en cuanto a que la entidad ya ha hecho el reconocimiento de la reliquidación del 40% al 60%, situación que se corrobora con en el desprendible de nómina del actor para el mes de abril de 2018, sin embargo como se trata de un acto que generó efectos jurídicos durante su vigencia, es necesario continuar con el proceso a efectos de retrotraer la decisión de la administración como consecuencia de la eventual nulidad y restablecer el derecho desde la causación de la asignación de retiro.

En ese sentido de acuerdo a la sentencia de unificación reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuicio, se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto 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 hasta el 30 de junio de 2014, razón por la cual tiene derecho a que su asignación básica fuera de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja y por lo tanto esta misma es la que debe ser tomada para su asignación de retiro.

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

Acorde con el análisis que se hizo en el acápite normativo que precede, la decisión de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004 implica que 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

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Sentencia de 02 de septiembre de 2016, Proceso 2014-00637-01, Magistrada Ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto

del retiro, pues sobre el monto total de esos factores debió cotizar a seguridad social durante su vinculación laboral y en consecuencia tiene el derecho constitucional a recibir en retorno el equivalente al 70% de dichos aportes.

Asignación de Retiro = 70% [Sueldo básico: 1.6 SMMLV + Prima de Antigüedad]

Las Liquidaciones que se ordenan en este fallo deberán efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es. al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad del 58.5% y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro,

Sobre las diferencias que resulten en la asignación de retiro a favor del actor, la entidad demandada deberá descontar en forma actualizada el valor de los aportes con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; igualmente debe descontar por las diferencias sobre los aportes que debió realizar en actividad tomando el 100% de la prima de antigüedad, por todo el tiempo en que prestó el servicio, previo cálculo actuarial.

Respecto al reajuste por la inclusión del subsidio familiar devengado en actividad.

Con las pruebas documentales el actor acredita que en servicio activo percibió de manera mensual el subsidio familiar, aporta registro civil de matrimonio con la señora MARIA MARINA TAPIERO PONCE, y los registros civiles de nacimiento de los menores LINA MARCELA MANCERA TAPIERO, GLADYS IBETH MANCERA TAPIERO y ANTONIO JOSE MANCER TAPIERO.

Conforme a los desprendibles de nómina de pago de la asignación mensual de retiro del actor, se relacionan las partidas computables y porcentajes tomados para liquidar la asignación de retiro del demandante, donde se constata el sueldo básico y la prima de antigüedad (38.5%), **excluyendo el subsidio familiar a pesar de que el mismo se encontraba incluido en los haberes de la última nómina de agosto y septiembre de 2014**, cuando aun se encontraba en actividad.

De conformidad con lo analizado en el acápite normativo y jurisprudencial se violó el derecho de igualdad del actor por cuanto a diferencia de los oficiales y suboficiales el subsidio familiar no fue tenido en cuenta para la liquidación de su asignación de retiro. En ese entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado dispuso que se incluyera como partida adicional sin establecer el porcentaje de su inclusión y como la aplicación se da en igualdad de condiciones, dicho porcentaje debe quedar incluido dentro de las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro sobre las que se aplicará el 70%.

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

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad parcial de la Resolución Nro 7085 de 14 de agosto de 2014, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación mensual de retiro al señor **HECTOR MANCERA** sin realizar el correcto computo y sin la totalidad de las partidas computables, así mismo se declarará la nulidad de la Resolución Nro 8174 del 26 de septiembre de 2014, por medio de la cual la demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 7085 de 14 de agosto de 2014, negando el reajuste de la asignación mensual del demandante bajo los términos dispuestos en esta providencia.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reajuste de la asignación mensual de retiro del demandante a partir del 30 de septiembre de 2014, así:

- 1. Con el incremento del salario básico del 40 al 60 %.
- 2. Al salario ya incrementado en el 60%, deberá sumarse la prima de antigüedad en el porcentaje reconocido en actividad (58.5%).
- 3. Con la inclusión del subsidio de familia devengado en actividad en un 100%
- 4. y de la sumatoria anterior tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

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

Partidas Computables	%
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)	60
La prima de antigüedad que se devengó en actividad, cuyo reconocimiento máximo solo puede ser del 58.5%	58.5
El subsidio familiar que devengo en actividad (equivalente al 4 % del salario básico incrementado en el 60% + la prima de antigüedad)	100
Asignación de retiro corresponde al 70% de las tres partidas anteriores	70

PRESCRIPCION

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a partir del 14 de agosto de 2014 y la reclamación de reajuste fue presentada el 14 de septiembre del mismo año.

INDEXACION

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

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.

Así mismo el pago de los aportes por las diferencias que resultan en lo devengado en actividad y la asignación de retiro deben actualizarse mediante un cálculo actuarial.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

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

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

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

"III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹⁰ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

¹⁰ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

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

- El proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
- Frente a la reliquidación de asignación básica existe sentencia de unificación en virtud de cual la entidad ha venido realizando el reajuste de manera oficiosa en sede administrativa.
- Sobré las pretensiones de prima de antigüedad no existe línea jurisprudencial que pudiera seguir la entidad.
- Sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable, la entidad pudo acceder en vía administrativa a dicho reconocimiento por cuanto el tema ha sido definido de manera uniforme mediante sentencias de tutela del Consejo de Estado.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Los apoderados de las partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso.
- La entidad demandada contestó el traslado de la demanda y propuso excepción previa que fue denegada.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica, la complejidad del asunto y especialmente el hecho de que se haya dado aplicación a la jurisprudencia de unificación sobre el reajuste del 20% de la asignación básica se condenará en costas por agencias en derecho a favor del demandante a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por haber sido vencida en juicio con medio, en la suma de (0.5) Salario mínimo legal mensual vigente.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. No declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución Nro 7085 de 14 de agosto de 2014, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación mensual de retiro al señor **HECTOR**

MANCERA GONZALEZ identificado con C.C. 75.074.082, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DECLÁRAR la nulidad de la Resolución Nro 8174 del 26 de septiembre de 2014, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 7085 de 14 de agosto de 2014, negando el reajuste de la asignación mensual de retiro al señor **HECTOR MANCERA GONZALEZ** identificado con C.C. 75.074.082, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO. CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **HECTOR MANCERA GONZALEZ** identificado con C.C. 75.074.082, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado, desde el 30 de septiembre de 2014, igualmente realizar los descuentos de ley en la proporción que corresponda al demandante por las diferencias salariales sobre las cuales debieron cancelarse los aportes durante la vida laboral, previo calculo actuarial y sobre el incremento de la asignación de retiro ordenada, desde su causación hasta la ejecutoria de la sentencia igualmente actualizada.

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

SEXTO. CONDÉNAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEPTIMO: DESTINAR los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

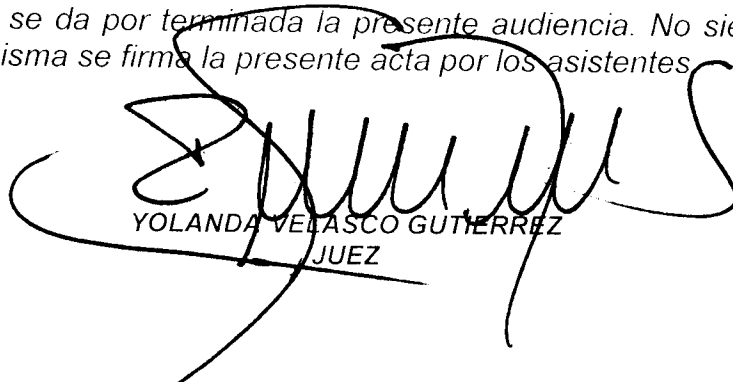
OCTAVO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Decisión notificada en estrados

La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término de ley.

Parte Demandada: Interpone RECURSO y lo sustentara en el término legal

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


PAOLA FERNANDA MURILLO SUAREZ
PARTE DEMANDANTE

JEFERSON PUENTES TORRES
PARTE DEMANDADA


JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO