



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
ACTA No 115 de 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Proceso: 110013335-017-2016-00196-00

Demandante: Jesús Elpidio Timote Motta

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

Tema: Soldados profesionales. Reajuste del 20% de salarios y prestaciones. Reajuste de la asignación de retiro.

Sentencia N.41

En Bogotá D.C., a los dos (2) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las dos y veintiséis de la tarde (2:26 p.m.) el Juzgado **17** Administrativo Oral de Bogotá se constituye en audiencia pública y procede a dar inicio al trámite de la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Jesús Elpidio Timote Motta**, contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, en adelante **CREMIL**, actuación con radicado 110013335-017-2016-00196-00.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

1. Apoderado de la demandante: ANDRES FELIPE GUZMAN PRECIADO con cédula de ciudadanía 1.026.273.318 de Bogotá y Tarjeta Profesional No 244086 del C.S.J., a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder de sustitución aportado autoriza notificaciones al correo electrónico: alvarorueda@arcabogados.com.co.

El Despacho deja constancia que hasta este momento no se ha hecho presente la Dra. FRANCY MARGARITA GUTIERREZ REYES apoderada de la parte ACCIONADA, quien conforme a lo dispuesto en el inciso 3º, numeral 3, del artículo 180 del C.P.A.C.A. dispone de tres (3) días para justificar su inasistencia. Asimismo, se advierte que la no asistencia del citado apoderado no impide el adelantamiento de la presente diligencia.

A su vez se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público: ÁLVARO PINILLA GALVIS, Procurador Judicial 87.

Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto de sustanciación 354 sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

B. SANEAMIENTO (MIN. CG. 36)

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado; sin embargo, se concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes para que indiquen si evidencian vicio o nulidad en el proceso, de no manifestarse en esta oportunidad se entenderán

Sin manifestación de las partes, en consecuencia en firme se continúa con la diligencia.
Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto de interlocutorio 429

C. EXCEPCIONES (Min. 00.07.06)

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, la apoderada de **CREMIL** propuso las excepciones que denominó (i) legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL, (ii) no configuración de falsa motivación (iii) correcta aflicción de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro.

El Despacho considera que de acuerdo con la sustentación de las excepciones propuestas, estas no están llamadas a prosperar en tanto que no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucran ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones- perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso decididos.

Igualmente, propuso la excepción previa de **falta de legitimación en la causa** de la cual se corrió traslado (f. 106) y el apoderado de la parte actora guardó silencio.

Sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva

Sobre este aspecto se recuerda que la legitimación en la causa es un elemento sustancial que guarda relación con la calidad o el derecho que tiene una persona para demandar o para contradecir las pretensiones de la demanda. Más exactamente, la legitimación por pasiva se ha definido como la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado¹.

Al respecto, debe decirse que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares fue creada mediante la Ley 75 de 1925, con personería jurídica y patrimonio propio teniendo bajo su responsabilidad, conforme con lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 923 de 2004, el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, sustituciones pensionales y demás prestaciones a su cargo.

Es así como, se observa que las pretensiones de la demanda se encuentran orientadas a obtener el reajuste de la asignación de retiro, que como se dijo, se paga con recursos de la citada Caja, entidad aquí demandada, debidamente notificada y legitimada por pasiva en la presente acción, por lo que la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta **no prospera**.

Asimismo, propuso la excepción **prescripción** sobre la cual se resolverá una vez se defina sobre la prosperidad de las pretensiones.

La anterior decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio N 430 a los sujetos intervinientes. Sin recursos, en los términos consignados en el audio.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2014. Rad.

A. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA (Min. 00.16.36)

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Declarar la NULIDAD del acto administrativo **Nº 2014-97368 del 18 de diciembre de 2014** en virtud del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% conforme con el artículo 1 del decreto 1794 de 2000 y la adición del 38.5 % de la prima de antigüedad según la correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004.
2. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL** liquidar la asignación de retiro tomando como base la asignación básica del artículo 1º del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, esto es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y, conforme con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, se adicione a la asignación el 38.5% de la prima de antigüedad.
3. Se condene a **CREMIL** a reajustar la asignación de retiro año por año hasta la fecha y el pago indexado de los dineros resultantes de la diferencia entre lo pagado y los reajustes solicitados desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante , según el artículo 187 del CPACA
4. Que se disponga el pago de intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
5. Ordenar a la entidad demandada el pago de los gastos y costas, así como las agencias de derecho.

LA DEMANDA.

Conforme con el artículo 1º del decreto 1794 de 2000 aplicable a los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2001 ostentaban la condición de soldados voluntarios, la asignación básica del demandante es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60% y no en el 40% como se le tuvo en cuenta, inaplicado así el régimen de transición establecido en la citada normatividad. Aunado, a lo anterior la entidad no aplica el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, al reducir en la asignación de retiro el 70% de la prima de antigüedad, cuando la disposición normativa señala que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad.

De esta forma, la entidad omite tener en cuenta todos los ingresos percibidos por el trabajador de conformidad con las disposiciones normativas , generando con ello un trato discriminatorio que desvirtúa la adecuada aplicación de la constitución política y de otra parte, no tiene en cuenta que en virtud del principio de progresividad establecido en el artículo 48 de la constitución Política, el legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en las leyes sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo. Así mismo, al realizar la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales que ingresaron a las fijas de la fuerza pública antes del 31 de diciembre del año 2000, toma la interpretación más desfavorable

del artículo 1 del decreto 1794, al tomar como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 40% y al aplicar el 70% de la prima de antigüedad.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Min. 00.21.25)

Se opone a las pretensiones de la demanda en razón a que tiene en cuenta la asignación señala en la hoja de servicios y dado que la entidad aplica correctamente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro al ser ésta clara en el sentido de que se debe tener en cuenta el 70% de la asignación básica incrementada con el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad. Interpretación avalada por el tribunal administrativo de Cundinamarca sección segunda subsección C sentencia del 20 de septiembre de 2013 con ponencia de la Dra Amparo Oviedo Pinto.

C. PROBLEMA JURÍDICO

El cargo de nulidad propuesto contra el acto administrativo demandado es la violación de norma superior, el cual se configura en la medida en que se ha negado el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base la asignación establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000, esto es el salario mínimo incrementado en un 60% aplicable al demandante por ser soldado profesional que a 31 de diciembre de 2001 ostentaba la condición de soldados voluntario y, el 38.5 de la prima de antigüedad como partida computable conforme con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, no obstante darse los presupuestos fácticos para su procedencia.

Fijado el litigio en el presente asunto se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia. Mediante auto interlocutorio 431

III. CONCILIACIÓN (Min. 00.21.25)

El Despacho procede a agotar la etapa de conciliación, para el efecto y en vista de la no asistencia de la entidad accionada se declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación mediante auto interlocutorio 432. **Una vez en firme se continúa con la diligencia.**

IV. MEDIDAS CAUTELARES (Min. 00.21.40)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal mediante auto interlocutorio 433

V. DECRETO DE PRUEBAS (Min. 00.21.53)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 *ibidem*, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas solicitadas por las partes así:

A. PARTE DEMANDANTE y PARTE DEMANDADA. TÉNGANSE como pruebas documentales las aportadas con la demanda y con la contestación a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda en la sentencia

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 434 se notifica a las partes en estrados.

I. CIERRE PERIODO PROBATORIO

Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho cierra la etapa probatoria y conforme con el artículo 179 de CPACA se ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 5 minutos.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 435** las partes quedan notificadas en estrados. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Antes de otorgarles el uso de la palabra para que presenten los alegatos conclusivos, el despacho les pregunta a los intervinientes si evidencian alguna irregularidad en el trámite efectuado en la audiencia que pueda acarrear alguna **nulidad en la actuación**. Se deja constancia de que la parte actora no observa irregularidad alguna en el trámite de la audiencia.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (Min. 00.22.30)

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, así:

- A. PARTE DEMANDANTE:** Se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho expuesto en la demanda, respecto de la aplicación errónea del decreto 433 de 2000 en la forma consignada en el audio.

III. SENTENCIA No. 41 (Min. 00.50.17)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

Los hechos, pretensiones, argumentos jurídicos de la demanda, contestación de la demanda y problema jurídico son como quedaron registrados en la fijación del litigio, en cuanto a las **normas violadas** se citan, entre otras, el Decreto 1793 y 1794 de 2000.

Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares (Min. 00.64.38)

En uso de sus facultades legales, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 131 del 31 de diciembre de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", de la cual se resalta lo siguiente:

"ARTICULO 1º.- Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.

“ARTICULO 2º.- Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.

Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo, permitan.

Parágrafo 1º.- El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2º.- La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno”. (Negrillas y subrayas por fuera del texto).

“ARTICULO 3º.- Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley”.

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

De esta forma otorgó la posibilidad de que quienes hubieran prestado su servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados como soldados voluntarios, brindándoles el pago de una bonificación mensual equivalente a 1smlmv incrementado en un 60%

Mediante ley 578 de 2000 se facultó al presidente de la república en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las fuerzas militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

El Gobierno Nacional en aplicación de lo anterior expidió el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares” y en su artículo 5º consagró lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

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

Así las cosas dicha disposición le otorgó la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la fuerza pública como soldados profesionales a partir del 1º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho.

En relación con el régimen salarial y prestacional de este personal, el artículo 38 del citado Decreto señaló:

"ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

Posteriormente se expidió el Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales así:

"ARTICULO 1. ASIGNACIÓN 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 parágrafo 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 y subrayas por fuera del texto).

"ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

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

De esta forma se definió el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales así: a. para los soldados que se vincularan a las fuerzas militares por primera vez, a partir de la vigencia del decreto en mención, tendrían derecho a devengar un 1SMLMV incrementado en un 40% y, b. los soldados voluntarios que se encontraban vinculados a las fuerzas militares de acuerdo con la ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar 1SMLMV incrementado en un 60% a partir de su incorporación como soldados profesionales.

La interpretación de los citados artículos, 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000, suscita la presente controversia. Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016² zanjó la discusión existente en la materia.

En esta oportunidad la Corporación analizó el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000 e indicó que las citadas disposiciones distinguen dos grupos de soldados profesionales, i) quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, los cuales tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y ii) quienes venían como soldados voluntarios, los que devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario, tesis que el Despacho acoge en su integridad.

Igualmente, respecto del reajuste salarial en esta misma sentencia se consideró que de acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de: prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, y cesantías las cuales se liquidan con base en el salario base devengado y por tanto: *"[I]a lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado. Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones (sic) 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"*.

2. De la liquidación de la asignación de retiro con el factor de prima de antigüedad de los soldados profesionales (Min. 00.57.13)

El legislador a través de la Ley 923 de 2004³ asignó competencia al Gobierno Nacional para regular el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, es así como se reglamenta la mencionada ley y se expide el **Decreto 4433 de 2004**⁴, "por

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUIJ 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.

³ **ARTÍCULO 1o. ALCANCE.** El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

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

En el artículo 16⁵ del Decreto 4433 de 2004 se indicó la forma como se debe proceder para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, señalando que aquellos 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 (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

La norma así sancionada es confusa respecto de lo que realmente quiso el legislador al determinar el porcentaje de la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo que dio lugar a varias interpretaciones, razón por la cual se hace necesario remitirse a la norma constitucional, especialmente al artículo 53 de la Constitución Política, el cual establece los principios mínimos fundamentales sobre los cuales deben fundamentarse las relaciones laborales.

Así, el artículo 53 consagra, entre otras, la garantía de aplicar al trabajador la situación que le sea más favorable cuando exista duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho⁶.

Entonces, de conformidad con el principio de favorabilidad, este Despacho, optará por la interpretación que sea más beneficiosa para el trabajador en el caso que nos ocupa, así se tendrá como correcta la interpretación dada por el demandante, esto es, que la asignación de retiro se debe liquidar teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico más un 38,5% de la prima de antigüedad.

Refuerza lo expuesto, el criterio de la Corte Constitucional conforme al cual es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, rechazando los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos⁷.

1. Caso concreto (Min. 01.00.26)

⁵ **“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 (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho 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 En sentencia T-599 de 2011 proferida el 14 de julio de 2011, con ponencia del Magistrado Dr. Nelson Pinilla Pinilla, la H. Corte Constitucional señaló que: <<El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. Cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto>>.

⁷ Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004, en la que se reiteró el criterio expuesto, entre otros fallos, en el T-001 de 1999 y el SU-1185 de 2001. Señaló la Corte Constitucional que <<(…) el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la

a. Situación particular del demandante

El señor Jesús Elpidio Timote Motta, el 02 de diciembre de 2014, radicó petición ante el CREMIL con el objeto que se ordenara la reliquidación y reajuste de los salarios, en el que se calcule el SMLV incrementado en un 60% y con el fin de obtener un reajuste de la asignación de retiro tomando en cuenta el salario mínimo vigente incrementado en un 60% y aplicar el 70% solamente sobre la asignación básica con el anterior incremento más el 38.5% de la prima de antigüedad. (Fl.4 a 6)

Se encuentra probado que el actor prestó sus servicios a las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, primero como **soldado regular** del 6 de noviembre de 1987 al 30 de abril de 1989, luego como **soldado voluntario** del 01 de mayo de 1989 hasta el 31 de octubre de 2003 y, finalmente, como **soldado profesional** del 1º de noviembre de 2003 hasta 30 de junio de 2008, cuando se dio su retiro definitivo del servicio (f. 10 a 12).

Estimamos que el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que se encontraba vinculado como soldado voluntario, regido por la Ley 131 de 1985, desde el 1º de mayo de 1989, y que se incorporó como soldado profesional a partir del **1º de noviembre de 2003**, por lo que tenía derecho, por expreso mandato legal, a devengar una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, siendo esta la partida computable como salario mensual en la asignación de retiro reconocida al actor.

Lo anterior no entra en contradicción con lo previsto en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 en mención y artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, en la medida en que es el mismo Decreto 1794 de 2000 en su inciso segundo artículo 1, expresamente señaló que el grupo de oficiales en la situación fáctica del aquí demandante, devengarían *“un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%”*.

En razón a lo anterior, encuentra este Despacho que la demandada al desconocer la normatividad en referencia, le generó un detrimento en la asignación de retiro del actor en un 20%, lo que la obliga a reliquidar la asignación señalada teniendo en cuenta los parámetros señalados en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por su parte, en torno a la forma como fue liquidada la asignación de retiro del SP ® JESÚS ELPIDIO TIMOTE MOTTA, observa el Despacho que esta fue reconocida por medio de la Resolución 2219 del 11 de septiembre de 2008, efectiva a partir del 30 de septiembre de 2008, evidenciándose por este Despacho que, de acuerdo con el reporte de pago obrante a folio 85, la forma como se liquida su asignación es así:

Sueldo:	\$902.090,00
Prima de antigüedad 38.5%:	\$347.304,00
Subtotal:	\$1'249.395,00
Porcentaje de liquidación 70%:	
Total de la asignación de retiro:	\$874.576,00

De esta manera, la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, realiza una operación matemática consistente en sumar el

suelo básico del actor con el 38,5% de la prima de antigüedad; resultado al que le aplica el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%.

No obstante, conforme a lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la interpretación más favorable, la entidad debió tomar el sueldo básico que devengaba el actor al momento del retiro del servicio, y aplicarle el 70%, y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, para efectos de liquidar su asignación de retiro.

Así, se concluye que, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, el acto demandado se encuentra afectado de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta: (i) que la asignación básica será el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60%, (ii) al sueldo básico que devengaba el accionante en el momento del retiro del servicio, se le aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

b. Prescripción de mesadas

Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción, se tendrá en cuenta la consagrada en el artículo 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente⁸.

Es así como, teniendo en cuenta que el demandante se retiró del servicio el **30 de junio de 2008**⁹ y éste a su vez, solicitó el reajuste de los salarios el **02 de diciembre de 2014**, la caja de retiro de las fuerzas militares-CREMIL deberá pagar al accionante el referido incremento y el ajuste de sus prestaciones sociales a partir del **02 de diciembre de 2010**, por prescripción cuatrienal y así se ordenará en la parte resolutive.

En consecuencia, se ordenará reajustar y pagar las diferencias que resulten en la asignación de retiro, a partir del 02 de diciembre de 2010 y así se ordenará en la parte resolutive.

c. Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Las sumas que resulten del reajuste deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Rad. 3420-2015.

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Advierte el Despacho que las normas citadas, la jurisprudencia anunciada, la fórmula referida, y el desarrollo del tema en extenso quedan consignados en el acta de esta diligencia.

A. COSTAS

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia conforme con el artículo 365 del Código General del Proceso.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del oficio **2014-97368** del **18 de diciembre de 2014**, conforme lo indicado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO.- Declarar PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de salarios en los términos expuestos y negar la excepción de prescripción propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reajustar la asignación de retiro de JESÚS ELPIDIO TIMOTE MOTTA** a partir del día **02 de diciembre de 2010** teniendo en cuenta **(i)** la asignación básica equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60% y **(ii)** al 70% de la asignación básica sumar el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

El pago de la diferencia deberán ser indexadas con fundamento en los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE y de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.)

CUARTO. – No condenar en costas, conforme lo expuesto en precedencia.

QUINTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

Actor: Jesús Elpidio Timote Motta

EXP. 2016-00196

SEXTO. Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL**, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

SEPTIMO.- Las decisiones adoptadas en la presente audiencia, incluida la sentencia proferida quedan notificadas en ESTRADOS, tanto a los comparecientes como a los no comparecientes, conforme se establece en el **artículo 202 del C.P.A.C.A.**

De la sentencia se corre traslado a los sujetos intervinientes.

El apoderado de la parte demandante: Manifiesta sin recursos.

No siendo más el objeto de la presente diligencia se da por terminada siendo las cuatro y quince minutos de la tarde (4:15 p.m.), se firma por los que en ella intervinieron.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez

ANDRÉS FELIPE GUZMÁN PRECIADO

Apoderado parte demandante

YUDI ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO

Oficial Mayor

