



Libertad y Orden

JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN
Jueza, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2018, hora: 10:00 a.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00516-00
Demandante: JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL

Tema: Reajuste de la asignación de retiro incrementada en un 60% y prima de antigüedad en un 38.5%.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2 y 4, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

1. Parte demandante: Abogado JAIME ARIAS LIZCANO identificado con C.C. N° 79.351.985 y T. P. N° 148.313 del C. S. de la J., quien funge como apoderado principal de la parte demandante y se encuentra reconocido como tal a folio 32 vuelto del plenario.

1.2. Entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: Abogada KAREN YICELY CAICEDO HINCAPIÉ identificada con C.C. N° 43.909.503 y T. P. N° 147.555 del C. S. de la J., como apoderada de la parte demandada, no se hace presente.

Esta decisión queda notificada en estrado. Sin recurso.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a los apoderados de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

El apoderado de la parte demandante no encontró vicios en el procedimiento.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encontró vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Procedió el Despacho a resolver las excepciones propuestas por la entidad demandada, verificando previamente que de ellas se haya dado traslado conforme al párrafo 2º, artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, como en efecto ocurrió (fl. 76) se observa que no hay pronunciamiento del apoderado de la parte demandante.

El apoderado de la entidad demandada propuso como excepciones las siguientes: i) no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ii) Legalidad de las actuaciones efectuadas por Cremil, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, tal como se observa a folios 48-52 del expediente.

Resolución de las excepciones:

En cuanto a las excepciones propuestas observa el Despacho que no constituyen excepciones previas sino argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado, razón por la cual se desatarán con la decisión de fondo a que haya lugar.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Artículo 180-7 Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

Hechos en que están de acuerdo las partes:

Los hechos en los que están de acuerdo las partes se encuentran demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y no fueron tachados de falsos:

1. Al señor JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, Soldado Profesional ®, le fue reconocida asignación de retiro desde el 16 de agosto de 2016, mediante Resolución N° 4418 del 21 de junio de 2016 expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL por cumplir más de veinte años de servicio, esto es, 20 años, 2 meses y 23 días en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, (copia autenticada reposa a folios 8-9 del expediente).
2. El 19 de julio de 2016, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 20160061164 en la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en la que solicitó: 1) la inclusión del 20% en las partidas computables de la asignación de retiro, de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000 por haber sido soldado voluntario; 2) el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, (fotocopia informal reposa a folios 3-5 del expediente).
3. El Jefe Oficina Asesoría Jurídica resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante Oficio No. 2016-51676 del 3 agosto de 2016 -*acto acusado*- manifestando que no es posible atender de manera favorable lo solicitado esto es la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación establecida en el Decreto 1794 del 2000, así como el reajuste teniendo en cuenta el procedimiento contemplado en el Decreto 4433 de 2004 que establece el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, (fl. 6).
4. De la hoja de servicios N° 3-5972630 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 31 de mayo de 2016 que reposa a folio 7 del expediente se observa que el demandante JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, ingresó

como soldado regular el 3 de marzo de 1995 al 31 de agosto de 1996; paso a soldado voluntario el 01 de noviembre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 16 de mayo de 2016; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 5 de mayo de 2016 hasta el 16 de agosto de 2016 para un tiempo total de servicios de 20 años, 2 meses y 23 días; en la nómina del mes de diciembre de 2016 devengó: sueldo básico, subsidio familiar en un 4%, prima de antigüedad soldado profesional y seguro de vida subsidiado, (fl. 7).

5. De la Resolución N° 4418 del 21 de junio de 2016, a través de la cual CREMIL le reconoció la asignación de retiro al accionante en su calidad de soldado profesional ®, se extrae que al momento del reconocimiento de la asignación de retiro el accionante señor JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA se encontraba casado con la señora Ana Fabiola Leyton Ortiz y acreditó tener 1 hijo, (fls. 8-9).
6. De la certificación de Unidad Militar y sitio geográfico de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se extrae que la última unidad de prestación de servicios fue el Batallón de Policía Militar No. 13 Gr. TOMÁS CIPRIANO en la ciudad de Bogotá, (fl. 10).
7. No obran más pruebas dentro del plenario de la demanda.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que está de acuerdo con las pruebas y lo expuesto por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su asignación de retiro como Soldado Profesional ® se liquide incrementado en un 20% adicional al 40% que recibe, de tal forma que le permita percibir un aumento del 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 y se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Los apoderados de las partes manifiestan que están de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado.

Esta decisión queda notificada en estrados.

5. CONCILIACIÓN – Artículo 180-8 Ley 1437 de 2011

Se le pregunta a la apoderada de la entidad demandada si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

La apoderada de la entidad: No tiene fórmula de arreglo frente a este proceso.

En vista que no existe ánimo conciliatorio de la entidad demanda, se declara fallido el intento de conciliación y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

6. Pruebas – Artículo 181 Ley 1437 de 2011

Pruebas solicitadas por la parte demandante (fl. 27): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas a folios 1 al 10 del expediente, se observa que la parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

Pruebas solicitadas por la entidad demandada (fl. 48-52): con el valor probatorio que corresponde otorgarle se tiene como pruebas las aportadas con la contestación de la demanda y se encuentran incorporadas al expediente; además no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

El Despacho considera que no es necesario decretar más pruebas de oficio, pues las obran en el expediente, son suficientes para proferir sentencia de fondo.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

7. Alegatos de Conclusión – Inciso final, Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y como se enunció no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Despacho procede a escuchar a la parte demandante en alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de la parte demandante: Se ratifica en lo consignado en el escrito de demanda. Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

Alegatos de conclusión de la entidad demandada: No se hizo presente.

8. Sentencia – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de las partes y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente:

“SENTENCIA N° 024 de 2018”

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Oficio N° 2016-51676 del 3 de agosto de 2016 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL le negó el reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL a que le reliquide y pague en forma indexada la asignación de retiro, teniendo en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; se reajuste la asignación de retiro con base el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, como lo establece el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000

para los soldados profesionales que fueron antes soldados voluntarios y finalmente que se ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho (fl. 12).

Se plantean en la sentencia los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 y de orden legal la Ley 131 de 1985, Ley 4º de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

Argumenta que por una mala interpretación de la norma, el Ministerio de Defensa en forma arbitraria e inconsulta, le disminuyó la asignación básica mensual que tenían los soldados voluntarios y que fueron incorporados como soldados profesionales, de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, aun salario mínimo incrementado en un 40%, afectando el mínimo vital.

Indica que al disminuirse la asignación básica a los soldados se contraviene de manera directa los principios fundamentales propios del Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.

Oposición a la demanda por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL

La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 48-52 del expediente oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda ya que considera que respecto al reajuste solicitado por el actor, cita el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que establece que el salario mensual como partida para liquidar la asignación de retiro es el salario mínimo incrementado en un 40% (no en un 60%), en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 y el tiempo de servicios acreditado en la hoja de vida del militar.

De la misma forma cita el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y sostiene que la forma de liquidación de la asignación de retiro es de la siguiente forma:

“Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%
Prima de Antigüedad = 38.5%”

Asignación de retiro: 70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad)”. (Fl. 48).

Por lo anterior, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico:

Debe resolver el Juzgado los siguientes problemas jurídicos:

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su asignación de retiro como Soldado Profesional ® se liquide incrementado en un 20% adicional al 40% que recibe, de tal forma que le permita percibir un aumento del 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 y se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las alegaciones expuestas en la presente audiencia.

NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

2.1 Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales

La Ley 131 de 1985¹ instituyó en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

El artículo 4° *ibídem* consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%².

Posteriormente, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000³ expidió, ese año, el Decreto 1793⁴ estableciendo el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares e incorporando a quienes estaban vinculados como soldados voluntarios.⁵ Ahora, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para manifestar su intención de incorporarse como soldados profesionales y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000⁶, otorgándoles un beneficio consistente en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

Además, dispuso en su art. 38 que el Gobierno Nacional señalaría los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992⁷ -sin desmejorar derechos adquiridos- en cumplimiento de lo cual se expidió el Decreto 1794 de 2000⁸ que en su artículo primero⁹ dispuso su asignación salarial. Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un procedimiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales -a partir del 1° de enero de 2001- y a los que, tenían una vinculación previa como voluntarios -es decir anterior al 31 de diciembre de 2000-, se incorporaran en calidad de profesionales con el fin de respetar los derechos

¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

² ARTÍCULO 40. 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.

³ Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

⁴ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁵ "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." (Subrayado fuera de texto).

⁶ Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

⁷ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁸ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁹ "ARTÍCULO 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 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%)."

adquiridos.

Por su parte, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado que, valga resaltar, le compete el conocimiento de asuntos contenciosos laborales, indicó que:

“Al respecto, se advierte que la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y previó que sólo en ese evento, el salario que éstos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como soldados voluntarios, pues para ellos el pago sería de “un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.”

Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000¹⁰ contempló un régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de reconocer esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

Así mismo, la Sección Segunda- Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹ confirmó una sentencia proferida por este Despacho, bajo los mismos argumentos.¹²

Por otro lado, al resolver la impugnación contra providencia proferida dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado en sentencia¹³ del 6 de agosto de 2015 consideró que el incremento del 60% sobre la asignación constituía una protección de los derechos adquiridos, sin hacer distinción alguna frente a la fecha de incorporación¹⁴.

Finalmente, el Consejo de Estado – Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁵, dispuso que el Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, dispuso conservar para los soldados que venían de ser voluntarios, el monto

¹⁰ “Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares”

¹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección “D” M.P. Luís Alberto Álvarez Parra- Radicación: 2012-0237 sentencia del 13 de febrero de 2014

¹² “(...) De esta manera, al haberse vinculado el demandante como Infante de Marina Voluntario de la Armada Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, es beneficiario del mandato expreso consagrado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual “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%)”.

Lo anterior, tiene un fundamento garantista y de irrenunciabilidad de los beneficios laborales reconocidos a los trabajadores contenido en el artículo 53 de la Carta Magna y de manera específica en el artículo 2º literal a) de la Ley 4ª de 1992, la cual reza (...)

Así mismo, esta garantía fue prevista expresamente por el legislador en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, Estatuto del Personal de Soldados Profesionales, al señalar “El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”. Por lo tanto, el Gobierno Nacional al expedir el régimen salarial de los soldados profesionales no podía desconocer los derechos salariales de los que gozaban en esa época los soldados voluntarios.”

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. 6 de agosto de 2015. Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13).

¹⁴ A partir del 1 de noviembre de 2003 se registró su incorporación como Soldado Profesional, en los términos del Decreto 1794 de 2000. Bajo estos supuestos, estima la Sala tal como lo consideró el Tribunal que el señor Walter Olarte Valencia tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia, equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, a partir de la fecha de su incorporación noviembre de 2003.

En efecto, como quedó visto en el acápite que antecede el hecho de que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como Soldado Voluntario y a posteriori como Soldado Profesional no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado. Lo anterior, también debe decirse, en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992 y que, en todo caso, debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, entre ellos, el respeto a los derechos adquiridos.

¹⁵ SALA PLENA de la Sección Segunda, Sentencia del 25 de agosto de 2016, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Pérez, Expediente 850013333002201300060 01, Numero Interno 3420-2015, Actor Benicio Antonio Cruz.

de salario básico que percibían en virtud de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo incrementado en un 60%.¹⁶

-Descendiendo al caso en concreto, se observa que el actor se vinculó como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, esto es, como soldado regular desde el 03 de marzo de 1995 hasta el 31 de agosto de 1996; paso a soldado voluntario el 1º de noviembre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente continuó como Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 16 de mayo de 2016; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 16 de mayo de 2016 hasta el 16 de agosto de 2016 para un tiempo total de servicios de 20 años, 2 meses y 23 días de servicios, como se verifica en la Hoja de Servicios N° 3-5972630 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 31 de mayo de 2016 y que obra a folios 7 del expediente, situación que lo ubica en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, para devengar como sueldo básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, que es sobre el cual debió liquidarse su asignación en actividad, y no sobre el incremento del 40%, como lo acepta la entidad en la demanda.

Por lo anterior, la Caja demandada deberá reajustar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, al tenor de lo dispuesto en la norma en comento.

2.2 De la Prima de Antigüedad para liquidar la asignación de retiro – No se debe realizar doble descuento

El artículo 16¹⁷ del Decreto 4433 de 2004¹⁸, establece que las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, son una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%), lo que implica que primero debe sacarse el 70% al salario y a este adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad.

-Como se observa, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, interpretó en forma errónea el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto tomó el sueldo básico más el 38,5% de la prima de antigüedad y al resultado le aplicó el 70%, como se verifica en la Resolución No. 4418 del 21 de junio de 2016 que reposa a folios 8-9 del expediente, de esta manera la prima de antigüedad sufrió ilegalmente dos descuentos: el primero al tomar el 38.5% y el segundo al aplicar sobre este el 70%. Lo correcto, según la norma, es que al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, se debe adicionar el 38.5% de la prima antigüedad, sin más. Así lo ordenará el Juzgado.

¹⁶ "(...)Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁶ distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, 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 2000,¹⁶ 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 1985,¹⁶ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,¹⁶ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%".

¹⁷ 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 vigentes.

¹⁸Vigente a partir de su publicación, la que tuvo lugar en el Diario Oficial No. 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

Así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil deberá reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta: a) el sueldo básico debe ser el equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; b) una vez liquidado el salario básico se le aplicará el 70% y a este se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 16 de agosto de 2016 (fecha de efectividad de la asignación de retiro (fls. 8-9).

No hay lugar a aplicar la prescripción, por cuanto no transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (16 de agosto de 2016, fls. 8-9), hasta la petición formulada ante la entidad (19 de julio de 2016, fls. 3-5) ni desde esta hasta la presentación de la demanda (4 de noviembre de 2016, fl. 30).

La suma que deberá pagar la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL a la parte demandante como reajuste salarial y prestacional se actualizará de acuerdo con la fórmula utilizada por el Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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 y el índice final es el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la

demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$74.280 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el *Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial 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 N° 2016-51676 del 3 de agosto de 2016 ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a través de la cual la entidad le negó a la parte demandante la reliquidación de la asignación de retiro con el incremento del 60% del salario mínimo y la Nulidad parcial de la Resolución No. 4418 del 21 de junio de 2016 por cuanto liquidó en forma errónea la prima de antigüedad por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL - a que reliquide y pague en forma indexada la asignación de retiro del Soldado Profesional ® JOSÉ ARMANDO TAPIERO MENDOZA, identificado con C.C. 5.972.630, a partir del 16 de agosto de 2016 (fecha de efectividad de la asignación de retiro), teniendo en cuenta: a) La asignación básica para la pensión será la equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; b) una vez efectuado lo anterior, al salario le aplicará el 70% y al resultado le adicionará el 38.5% de la prima de antigüedad d) deberá pagarle en forma indexada la diferencia de las mesadas que resulte entre el reajuste aquí ordenado y lo que se venía pagando, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la entidad a pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la asignación de retiro, de que trata el numeral anterior, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula indicada en la parte motiva de este fallo. Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas y el final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de setenta y cuatro mil doscientos ochenta pesos mil pesos (\$74.280), por Secretaría liquídense.

SEXTO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SÉPTIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes presentes y las ausentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a los apoderados de las partes si contra la sentencia que se acaba de dictar interponen recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante: sin recursos

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el art. 247 de la ley 1437 de 2011.

CONTROL DE LEGALIDAD - ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011.

La Juez. Indaga a los apoderados de las partes para que manifiesten si hasta este momento procesal encuentran algún vicio o nulidad que invalide lo actuado.

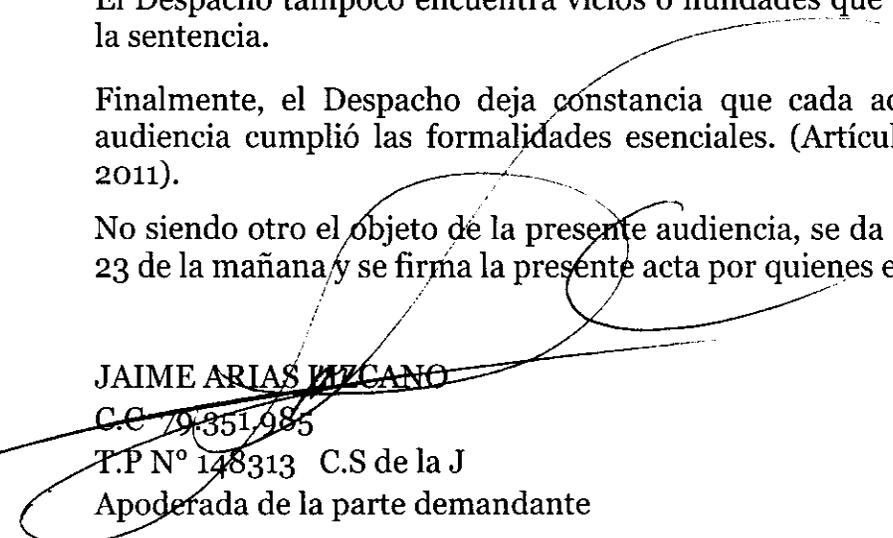
La apoderada de la parte demandante. No encontró causales de nulidad que invaliden lo actuado.

La apoderada de la entidad demandada. No encontró vicios que invaliden la actuación hasta este momento surtida.

El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

Finalmente, el Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f de la Ley 1437 de 2011).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 11: 23 de la mañana y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


JAIME ARIAS PIZCANO

C.C. 79.351.085

T.P. N° 148313 C.S de la J

Apoderada de la parte demandante


MARÍA ALEJANDRA MARIAGA CALDERÓN
Sustanciador del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad.


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez