



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., 20 de junio de 2018, hora: 3:00 p.m.

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

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00038-00
Demandante: JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL

Tema: Reajuste prima de la asignación de retiro incrementada en un 60%, prima de antigüedad en un 38.5%, subsidio familiar, prima de navidad
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: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la parte demandante únicamente para la presente audiencia a la Abogada SANDRA LORENA SÁNCHEZ ABELLA identificada con C.C. N° 53.007.511 y T. P. N° 259321 del C. S. de la J.

1.2. Entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la parte demandante al Abogado DAVID ANDRÉS BAUTISTA MARTÍN identificado con C.C. N° 80.169.581 y T. P. N° 175.409 del C. S. de la J. Se entiende por revocado el poder otorgado a la abogada JUSTINE MELISSA PEREA GÓMEZ.

1.3. Ministerio Público: Procurador 79-1 para Asuntos Administrativos MARÍA CRISTINA MUÑOZ ARBOLEDA identificada con C.C. N° 52.276.705

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.

La apoderada de la parte demandada no encontró vicios en el procedimiento.

El Ministerio Público. No encontró vicios que invaliden lo actuado

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. 72) se observa que no hay pronunciamiento de la apoderada de la parte demandante (fl. 73).

El apoderado de la entidad demandada propuso como excepciones las siguientes: i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, iii) Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro e iv) Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro, tal como se observa a folios 38-43 del expediente.

Resolución de las excepciones:

Respecto de la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva la basa la entidad en que en el presente caso se debió vincular como litisconsorte necesario al Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que en el presente caso la parte actora pretende el reajuste salarial, reajuste que se encuentra en cabeza de dicho ministerio por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública. la parte actora debió demandar en su momento la resolución a través del cual le fue reconocida la pensión de invalidez, lo cual no realizó, por consiguiente, considera que ocurrió el fenómeno jurídico de caducidad.

Para resolver la excepción propuesta el Despacho considera que, contrario a lo expresado por la entidad, en el presente caso no se pretende el reajuste del salario devengado por el actor en actividad, pues por el contrario pretende el reajuste de la asignación de retiro incrementada en un 20% y la inclusión del porcentaje correspondiente de la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la prima de navidad, es decir que se pretende el reajuste de la asignación de retiro, la cual fue reconocida por la entidad demandada y por lo mismo, en caso de accederse a las pretensiones reclamadas sería la entidad encargada de reliquidar dicha prestación social. Por las razones expuestas, el Juzgado no considera necesario vincular en el presente caso al Ministerio de Defensa Nacional y por lo mismo considera que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

En cuanto a las excepciones de ii) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, iii) Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro e iv) Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro, observa el Despacho que no constituyen verdaderas excepciones 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 JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ, Soldado Profesional ®, le fue reconocida asignación de retiro desde el 30 de marzo de 2016, mediante Resolución N° 496 del 8 de febrero 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, 7 meses y 15 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 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (Decreto 1162 de 2014) (copia simple reposa a folios 10-11 del expediente).
2. El 3 de mayo de 2016, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 20160037479 en la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en la que solicitó, entre otros: 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) la reliquidación del 70%, aplicando la fórmula establecida en el Decreto 4433 de 2004; 3) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad (fotocopia informal reposa a folios 2 del expediente).
3. El Jefe Oficina Asesora Jurídica resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante Oficio No. 2016-32398 del 16 de mayo 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, ni 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 y tampoco la duodécima parte de la prima de navidad (fl. 4).
4. El 3 de mayo de 2016, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 20160037496 en la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en la que solicitó, el reajuste de la asignación de retiro, incluyendo el subsidio familiar contemplado en el Decreto 3770 de 2009 (fl. 5 del expediente).
5. El Jefe Oficina Asesora Jurídica resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante Oficio No. 2016-33299 del 18 de mayo de 2016 -*acto acusado*--por considerar que dicha entidad reconoció la asignación de retiro del actor a partir del 30 de marzo de 2016, momento en el cual le fue reconocido el subsidio familiar en un 30% del subsidio devengado en actividad, conforme a lo contemplado en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, norma aplicable al caso del actor (fl.6).
6. El demandante JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ, ingresó como soldado regular el 30 de julio de 1995 al 29 de diciembre de 1996; paso a soldado voluntario el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 30 de diciembre de 2015; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 30 de diciembre de 2015 hasta el 30 de marzo de 2016 para un tiempo total de servicios de 20 años, 7 meses y 15 días; en la nómina del mes de diciembre de 2015 devengó: sueldo básico, subsidio familiar en un 4%, prima de antigüedad soldado profesional, seguro de vida subsidiado y bonificación orden público, tal como se observa en la hoja de servicios N° 3-13537450 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 6 de enero de 2016, (fotocopia reposa a folio 8-9 del expediente).

7. De la Resolución N° 496 del 8 de febrero 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 tal asignación el demandante se encontraba casado con la señora Amalia Sánchez Arrigui y acreditó tener 3 hijos (fls. 10-11).

8. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas al expediente.

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.

La apoderada de la entidad demandada manifiesta que está de acuerdo con lo expuesto por el Juzgado.

El Ministerio Público. Esta de acuerdo con los hechos.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su asignación de retiro 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; se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; sea incluido en la asignación de retiro el subsidio familiar contemplado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y finalmente, se incluya la duodécima de la prima de navidad, en la forma establecida en el numeral 13.1.8 del artículo 13 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.

El Ministerio Público. Esta de acuerdo con la fijación del litigio.

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.25): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas al expediente a folios 2-15, se observa que la parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

Pruebas solicitadas por la entidad demandada (fl.45): No aportó pruebas ni 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: Se ratifica en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, solicita que no se condene en costas. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

Alegatos de conclusión del Ministerio Público: Se ratifica en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, solicita que no se condene en costas. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

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° 092 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 JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad de los Oficios Nos. 32393 consecutivo 2016-32398 del 16 de mayo de 2016 y 33298 consecutivo 2016-33299 del 18 de mayo de 2016 mediante los cuales 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 1º del Decreto 1794 de 2000 para los soldados profesionales que fueron antes soldados voluntarios; le reajuste la partida del subsidio familiar reconocida en su asignación de retiro, calculando tal partida conforme a lo contemplado en el Decreto 1794 de 2000 y 3770 de 2009; que se incluya en la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad contemplada en el numeral 13.1.8 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y finalmente que se ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho (fls. 14-15).

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 artículos 2, 4, 6, 13, 29 y 53 y de orden legal artículo 10 de la Ley 131 de 1985, Decreto 4433 de 2004, Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Sostiene que la Caja demandada al expedir el acto acusado y negar la liquidación de la asignación de retiro del accionante de acuerdo con la asignación básica establecida para su cargo incrementada en un 60% conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, vulneró el derecho fundamental a la igualdad, bajo el cual el Estado se encuentra en la obligación de tener en cuenta todos los ingresos percibidos por el trabajador para determinar su mesada pensional, generando un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política en este sentido.

Aduce que la formula aplicada por la entidad demandada para liquidar la prima de antigüedad no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues la misma debió ser calculada con el 70% de la asignación básica y al valor resultante se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad y no doble descuento como lo hizo la entidad.

De otra parte, sostiene que en la asignación de retiro del actor le fue reconocido el subsidio familiar conforme a lo contemplado en el Decreto 1162 de 2009, lo cual, considera resulta violatorio al principio de igualdad, pues tal prestación social debe ser liquidada conforme a lo contemplado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Finalmente, considera que se debe tener en cuenta como partida computable de la asignación de retiro del actor la duodécima parte de la prima de navidad, pues así se encuentra contemplado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (fls. 18-23).

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 38-46 del expediente. 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. 73).

Por consiguiente considera que la prima de antigüedad se encuentra bien liquidada por lo que solicita denegar las pretensiones de la demanda.

De otra parte, sostiene que, reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del actor, conforme a lo señalado en el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, en el que se ordenó el reconocimiento de tal prestación social como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares, norma aplicable al caso por la fecha de efectividad de la asignación.

Manifiesta, que tampoco resulta procedente la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, por cuanto tal prima es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas que no fueron reconocidas en actividad.

Finalmente, aduce que en el presente caso no se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad, pues el legislador estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004.

Problemas jurídicos:

Debe resolver el Juzgado los siguientes problemas jurídicos:

- a) Si el demandante, en calidad de Soldado Voluntario vinculado al Ejército Nacional con anterioridad al año 2000, tiene derecho a que su asignación de retiro se liquide según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, tomado el salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60% o si se debe hacer con el incremento del 40%, como lo hizo la Caja demandada.
- b) Si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro, como Soldado Profesional ®, sea reliquidada adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y no aplicando un doble descuento como lo hizo la entidad, que al momento liquidar la prestación tomó el 38.5% de tal prima y a ella le sacó de nuevo el 70%.
- c) Si el demandante tiene derecho a que se liquide en la asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar devengado en actividad.
- d) Si el demandante tiene derecho a que se incluya la prima de navidad como partida para liquidarle la asignación de retiro (una duodécima parte), como lo hace para Oficiales y Suboficiales, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, por violación al derecho a la igualdad.

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° *ibidem* 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 adquiridos.

Por su parte, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado que, valga

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. 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 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%)."

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

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.

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

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 el 30 de julio de 1995 al 29 de diciembre de 1996; paso a soldado voluntario el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 30 de diciembre de 2015; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 30 de diciembre de 2015 hasta el 30 de marzo de 2016 para un tiempo total de servicios de 20 años, 7 meses y 15 días, como se verifica en la Hoja de Servicios N°3-13537450 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 6 de enero de 2016 y que obra a folios 8 a 9 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 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%, tal como lo afirma la entidad en los actos administrativos demandados y en la contestación de la demanda, 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.

2.3 De la reliquidación del subsidio familiar reconocido en la asignación de retiro

Respecto de las partidas computables para reconocer la pensión de retiro de los Oficiales y Suboficiales, en el numeral 13.1, del artículo 13 del Decreto 4433 de 2003, señaló que la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia para el

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 mensuales vigentes.

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

personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares, se liquidarán con las partidas que allí se enuncian, entre otras partidas, “13.1.7 *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro*”.

Por su parte, en el numeral 13.2 del mismo artículo indicó que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se liquidará sobre las siguientes partidas:

*“... 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto- Ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto. **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.”*

El Consejo de Estado¹⁹ al decidir una acción de tutela frente al subsidio familiar de los Soldados Profesionales, sostuvo que el trato diferenciado que establece el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales pero excluirlo para los Soldados Profesionales, no se encuentra justificado a la luz de la Carta Política y a los postulados del Estado Social de Derecho, pues dicho decreto dejó por fuera de percibir tal beneficio *a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales, razón por la cual consideró que dicha norma resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad.*

Pese a que el Decreto 4433 de 2004 numeral 13.2 no contempla el subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales, por vía de jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013, dentro del expediente 2013 - 1821, demandante: José Marces López Bermúdez, ordenó tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable, sobre todo para este grupo de servidores públicos, por violación al principio Constitucional de la igualdad. En consecuencia, se inaplica por inconstitucional el parágrafo único del artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004 por violar el principio de la igualdad del artículo 13 superior, en cuanto prohibió incluir como partidas computables a la asignación de retiro las primas, auxilios, etc.

Concretamente el Decreto 1794 de 2000²⁰, en su artículo 11²¹ estableció a favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el

¹⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección “B” – C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación AC 11001-03-15-000-2013-01821-00 del 17 de octubre de 2013.

“(…) 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 la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tiene una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera, a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

(…) en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita”.

²⁰ “Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”

²¹ “ARTICULO 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.

reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Más adelante, el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009²², aclarando que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que a la fecha venían percibiendo el subsidio familiar, lo continuarían percibiendo hasta el retiro del servicio en un porcentaje del “4% Salario Básico Mensual + 100 Prima de Antigüedad Mensual”²³.

Sin embargo, los Decretos 1794 de 2000 y 3770 del 30 de septiembre de 2009, nada dijeron acerca de su inclusión en la asignación mensual de retiro del personal que devengara tal emolumento.

Posteriormente, el Presidente de la República con base en las atribuciones establecidas en la Ley 4 de 1992 y 923 de 2004 expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014²⁴, en el cual estableció para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2002 y 3770 de 2009, les creó este subsidio desde el 1º de julio de 2014, en un porcentaje máximo del 26% de su asignación básica (20% por el cónyuge, 3% por el primer hijo, 2% por el segundo y 1% por el tercero). Igualmente les incluyó este subsidio familiar como partida computable para liquidarles las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez en proporción del 70% del valor que este subsidio devenguen en servicio activo, el cual también será sumado en forma directa al valor de asignación de retiro o pensión de invalidez²⁵.

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.”

²² “Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

²³ “ARTÍCULO 1. Derogase 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.” (Subraya el Juzgado).

²⁴ “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”

²⁵ 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 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

En la misma fecha (24 de junio de 2014), el Presidente de la República, nuevamente en desarrollo de las normas señaladas en el Decreto 923 de 2004, expidió el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014²⁶, Incluyó, como partida computable el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del que devenguen en servicio activo los soldados profesionales que al momento de su retiro estuvieren devengando el subsidio familiar conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual debe ser sumado en forma directa, al valor de asignación de retiro o pensión de invalidez²⁷.

De las normas transcritas se puede sintetizar lo que se pasa a explicar:

- 1) El Decreto 3370/2009 (que derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000) aclaró que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que a la fecha venían percibiendo el subsidio familiar, lo continuarían percibiendo hasta el retiro del servicio y para estos soldados e infantes el subsidio familiar está compuesto por el *“4% Salario Básico Mensual + 100 Prima de Antigüedad Mensual”*.

El subsidio familiar no constituía partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, razón por la cual vino a incorporarse para tal efecto con el Decreto 1162 del 24 de julio de 2014, a partir de julio de 2014, en un porcentaje del 30% del que devenguen en servicio activo, *“el cual será sumado en forma directa, al valor (...) de asignación de retiro o pensión de invalidez (...)”*

- 2) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2002 y 3770 de 2009, el Gobierno Nacional les creó este subsidio desde el 1º de julio de 2014, a través del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, en un porcentaje máximo del 26% de su asignación básica (20% por el cónyuge, 3% por el primer hijo, 2% por el segundo y 1% por el tercero). Igualmente, les incluyó este subsidio familiar como partida computable para liquidarles las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez en proporción del 70% del valor que este subsidio devenguen en servicio activo, el cual también *“será sumado en forma directa al valor (...) de asignación de retiro o pensión de invalidez (...)”* (Art. 5 del Decreto 1161 de 2014).

Conforme se evidencia de las pruebas aportadas al expediente, al actor le fue reconocida asignación de retiro, a través de la Resolución N° 496 del 8 de febrero de 2016 (fls. 8-11), para lo cual se tuvo en cuenta el 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

Artículo 6. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación (...)*

²⁶ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”.

²⁷ El subsidio familiar no constituía partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, razón por la cual vino a incorporarse para tal efecto con el Decreto 1162 del 24 de julio de 2014, a partir de julio de 2014, en un porcentaje del 30% del que devenguen en servicio activo, *“el cual será sumado en forma directa, al valor (...) de asignación de retiro o pensión de invalidez (...)”*

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación 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.” (Destaca el Juzgado).

De las pruebas aportadas al plenario, se acreditó que el demandante devengó el subsidio familiar en servicio activo, en consecuencia, la norma que regula su inclusión como partida computable dentro de la asignación mensual de retiro es el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, en virtud de la cual dicha partida debió ser calculada en el 30% de lo percibido en actividad y el resultado debe ser adicionado a lo reconocido por asignación mensual de retiro.

La entidad accionada en la Resolución No. 496 del 8 de febrero de 2016, liquidó el subsidio familiar con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, en los términos indicados en el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, norma que en efecto resulta aplicable al actor.

No obstante lo anterior, observa el Despacho que si bien con el fin de eliminar la injusticia existente entre las partidas computables para las pensiones de los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, incluyó el subsidio familiar como partida computable, a partir de 2014, en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, lo cierto es que dicho decreto ordenó incluir tal subsidio en un 30% del devengado en actividad, lo cual también resulta desfavorable respecto de los soldados profesionales que devengaron en actividad dicho subsidio y que no fue tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro a quienes por analogía se les ha venido aplicando el artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004 y reconociendo tal subsidio en el 70% del subsidio familiar devengado en actividad.

Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad y de los mismos argumentos sostenidos por el Consejo de Estado en las providencias que decidió inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, se inaplica por inconstitucional Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 en cuanto viola el principio de igualdad, al incluir como partida computable el subsidio familiar solo en un 30% del valor devengado en actividad.

En consecuencia se debe incluir el subsidio familiar para liquidar la asignación de retiro del actor, en la forma contenida en los artículos 13.1 y 15 del Decreto 4433 de 2004, esto es el 70% del subsidio familiar devengado en actividad.

El demandante al retiro del servicio devengaba el subsidio familiar por \$563.806, como se verifica en la Hoja de Servicios visible a folio 8 del expediente, en consecuencia, la entidad demandada deberá incluir como partida computable en la pensión de invalidez del accionante el subsidio familiar por \$394.664, que corresponde al 70% del subsidio familiar devengado en actividad ($\$563.806 \times 70\% = \394.664), el cual debe ser sumado a la pensión reconocida al actor, con la incidencia respectiva en los años subsiguientes. Para el cumplimiento de lo anterior, la entidad demandada deberá descontar lo ya reconocido por dicho concepto

Sin prescripción, por cuanto no transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (30 de marzo de 2016, fls.10), hasta la petición formulada ante la entidad (3 de mayo de 2016, fl. 2).

2.4 De la inclusión de la prima de navidad (duodécima parte) para liquidar la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Soldados Profesionales

Conforme a lo contemplado en el numeral 13.1, del artículo 13 del Decreto 4433 de 2003, anteriormente transcrito, la pensión de retiro de los Oficiales y Suboficiales se liquidarán con las partidas que allí se enuncian, dentro de las que se encuentra entre otras, la “*Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro*” (numeral 13.1.8).

Por su parte, en el numeral 13.2 del mismo artículo indicó que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se liquidará sobre las siguientes partidas:

“... 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto- Ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto. 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.”

Como se observa, la norma no incluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación o pensión de los soldados profesionales, pero si lo hizo para los Oficiales y Suboficiales.

No obstante, la parte demandante considera que la prima de navidad debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados, en aplicación del principio de la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, como ocurre con todos los demás miembros de la Fuerza Pública y el Ministerio de Defensa Nacional.

Revisado el expediente y la hoja de servicios expedida el 15 de febrero de 2015 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional (fls.8), verifica el Despacho que el accionante no percibió la prima de navidad, por cuanto no está relacionada dentro de las partidas que certificó el Ejército Nacional en la Hoja de servicios.

Por lo anterior, la parte demandante no tiene derecho a que se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad en la forma solicitada.

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 30 de marzo de 2016 (fecha de efectividad de la asignación de retiro fls. 10-11) y c) deberá liquidar el subsidio familiar en el porcentaje correspondiente al 70% del subsidio familiar devengado en actividad.

No hay lugar a aplicar la prescripción, por cuanto no transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (30 de marzo de 2016, fls. 0-11), hasta las peticiones formuladas ante la entidad (3 de mayo de 2016 fls. 2 y 5) ni desde esta hasta la presentación de la demanda (1º de febrero de 2017, fl. 27).

La suma que deberá pagar la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES 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 \$303.266 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 de los Oficios Nos. 32393 consecutivo 2016-32398 del 16 de mayo de 2016 y 33298 consecutivo 2016-33299 del 18 de mayo de 2016 radicados ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a través de los cuales la entidad le negó a la parte demandante la reliquidación de la asignación de retiro con el incremento del 60% del salario básico, el

38.5% de la prima de antigüedad, conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y el subsidio familiar en el 70% de lo devengado en actividad por dicho concepto, por las razones expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENAN 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 ® JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ, identificado con C.C. 13'537.450, a partir del 30 de marzo 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; c) deberá liquidar el subsidio familiar en la forma expuesta en los artículos 13.1 y 15 del Decreto 4433 de 2004, esto es, aplicando el 70% del subsidio familiar devengado en actividad 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 pretensiones relacionados con la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

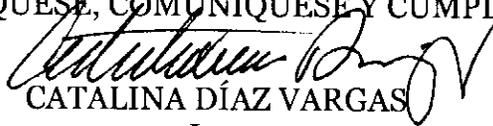
QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de trescientos tres mil doscientos sesenta y seis mil pesos (\$303.266), por Secretaría liquídese.

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

El apoderado de la entidad demandada. Interpone recurso de apelación, el cual lo sustentara por escrito dentro de los 10 días siguientes a la presente audiencia por escrito.

El Ministerio Público. Interpone recurso de apelación, el cual lo sustentara por escrito dentro de los 10 días siguientes a la presente audiencia por escrito.

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.

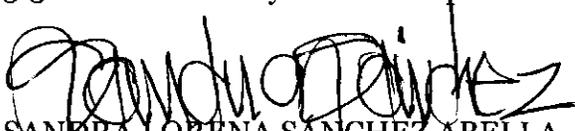
La apoderada de la parte demandante. No encontró causales de nulidad que invaliden lo actuado.

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 5:38 de la mañana y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


SANDRA LORENA SANCHEZ ABELLA
C.C. 53.007.511
T.P N° 259.321 C.S de la J
Apoderada de la parte demandante

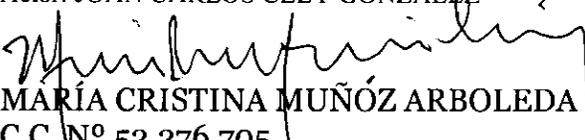

DAVID ANDRÉS BAUTISTA MARTÍN
C.C N° 80.169.581
T.P N° 175.409 del C.S de la J
Apoderado de la entidad demandada

Expediente: 2017-00038

Actor: JUAN CARLOS CELY GONZÁLEZ

19

99


MARÍA CRISTINA MUÑOZ ARBOLEDA
C.C. N° 52.276.705
Procurador 79-1 para Asuntos Administrativos

ANGIE ELIZABETH PÉREZ RODRÍGUEZ
Profesional Universitario del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad.


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez



12

