



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

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

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00169-00
Demandante: LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL

Tema: Subsidio familiar

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 ÁLVARO RUEDA CELIS identificado con C.C. N° 79.110.245 y T. P. N° 170.560 del C. S. de la J., quien funge como apoderado de la parte demandante y se encuentra reconocido como tal a folio 37 vuelto del plenario.

1.2. Entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 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 ASTRITH SERNA VALBUENA.

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

Observa el Despacho que si bien la entidad demandada contestó la demanda dentro del término legal concedido, no propuso excepciones; razón por la cual el despacho no hará ningún pronunciamiento, sin embargo, en la sentencia se resolverá las excepciones que de oficio el Juzgado encuentre probadas (artículo 187, Ley 1437 de 2011).

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 LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, Soldado Profesional ®, le fue reconocida asignación de retiro desde el 16 de abril de 2015, mediante Resolución N° 1252 del 11 de febrero de 2015 expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de 2014 y Decreto 4433 de 2004), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con un 30% del subsidio familiar contemplado en el Decreto 1162 de 2014, (fls.8-11).
2. El 27 de enero de 2017, bajo el consecutivo N°20170004781, el demandante formuló una petición ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en la que solicitó el reajuste del subsidio familiar reconocido dentro de la asignación de retiro, teniendo en cuenta la partida de subsidio familiar de conformidad con lo establecido en la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1211 de 1990, (fls. 3-5).
3. El Jefe Oficina Asesora Jurídica resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante Oficio No. 2017-3601 del 6 de febrero de 2017, -acto acusado- por considerar que dicha entidad reconoció la asignación de retiro del actor a partir del 16 de abril de 2015, 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.5).
4. El demandante LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, ingresó como soldado regular (entre el 14 de enero de 1994 al 30 de junio de 1995); paso a soldado voluntario (1° de julio de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003); posteriormente paso a Soldado Profesional (el 1° de noviembre de 2003 al 16 de enero de 2015); finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 16 de enero de 2015 hasta el 16 de abril de 2015 para un tiempo total de servicios de 21 años, 2 meses y 4 días, tal como se acreditó en la hoja de servicios N° 3-83218910 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 23 de enero de 2015 (fls. 6-7).
5. Con la citada Hoja de Servicios, se acredita que el accionante en la nómina del mes de abril de 2015 devengó: sueldo básico, subsidio familiar en un 4%, prima de antigüedad soldado y seguro de vida (fotocopia reposa a folio 6-7 del expediente).

6. 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. Se encuentra de acuerdo con los hechos y pruebas relacionadas.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que la partida de subsidio familiar reconocida en su asignación de retiro sea reajustada en el porcentaje correspondiente al 62.5% de la asignación básica, conforme a lo contemplado en el artículo 13.17 de 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. Se encuentra de acuerdo con la fijación del litigio planteada.

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.32): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas al expediente a folios 2-11, se observa que la parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

Pruebas solicitadas por la entidad demandada (fl.95): 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 a folios 60-91; 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: 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° 089 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 LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Oficio N° 2017-3601 del 6 de febrero de 2017 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL le negó el reajuste del subsidio familiar reconocido en su 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 reajuste la partida del subsidio familiar reconocida en su asignación de retiro, calculando tal partida en un 62.5% de la asignación básica y no en el 18.5% como lo viene realizado la entidad; que se ordene el pago de la indexación sobre los valores adeudados; el pago de los intereses moratorios de las sumas a pagar a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia; que se ordene a la Entidad demandada el pago de costas procesales (fl. 13-14).

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.

2- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional el Preámbulo y artículos 1, 4, 13, 42 y 53 y de orden legal artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, artículos 2, 5 y 13.1.7 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Sostiene que conforme a la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, Tribunales y Jueces Administrativos, el subsidio familiar ha sido reconocido como partida computables dentro de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en las cuales se decidió inaplicar el trato diferenciado consagrado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

En virtud de lo anterior, fue expedido por parte del Ejecutivo el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, mediante el cual se consagró el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, norma que generó un detrimento a aquellos Soldados Profesionales que venían devengando en actividad el subsidio familiar de conformidad con lo consagrado en el Decreto 1794 de 2000, esto es, *“un 62.5% como resultado del 4% de la Asignación básica más la prima de antigüedad que es del 58.5%. Toda vez que, a partir de la expedición del citado Decreto, únicamente se les reconocerá como partida computable el subsidio familiar, en un porcentaje del 30% del valor que venía siendo reconocido en actividad, esto es el 18.75%.”*

Por lo expuesto considera que la entidad demandada vulnera el principio de favorabilidad laboral y el principio constitucional de igualdad por cuanto la entidad demandada al liquidar el subsidio familiar en la forma en que lo viene haciendo impone un trato discriminatorio a los Soldados Profesionales pensionados (Fls. 15-25)

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

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 90-95 del expediente. Se opone a las pretensiones porque considera que la entidad demandada aplicó la norma vigente para el caso del demandante, por cuanto, reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, 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 y así lo ha venido haciendo la Caja. Razón por la cual considera que deben ser denegadas las pretensiones propuestas por el actor, (fls92-95).

4. Problema jurídico:

Acordado lo anterior, el problema jurídico se concreta en establecer si el señor LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que la partida de subsidio familiar reconocida en su asignación de retiro sea reajustada en el porcentaje correspondiente al 62.5% de la asignación básica, conforme a lo contemplado en el artículo 13.17 de 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.

5. NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

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 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 Estado¹ 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

¹ 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”.

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 2000², en su artículo 11³ estableció a favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el 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 4^a de 1992 expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009⁴, 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”⁵.

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 2014⁶, 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 invalidez⁷.

² “Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”

³ “ARTÍCULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

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

⁴ “Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “ARTÍCULO 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

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

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

⁷ 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.

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 2014⁸, 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 invalidez⁹.

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).

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.

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

⁸ “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”.

⁹ 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).

Caso concreto

Conforme se evidencia de las pruebas aportadas al expediente, al actor le fue reconocida asignación de retiro, a través de la Resolución N° 1252 del 11 de febrero de 2015 (fls. 8-10), para lo cual se tuvo en cuenta el 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014.

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. 1252 del 11 de febrero de 2015, 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 párrafo 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 \$539.000, 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 \$377.300, que corresponde al 70% del subsidio familiar devengado en actividad ($\$539.000 \times 70\% = \377.300), 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 (16 de abril de 2015, fls.9), hasta la petición formulada ante la entidad (27 de enero de 2017, fl. 2).

No se ordena el reajuste en la forma solicitada en la demanda, pues el actor pretende la inclusión del subsidio familiar en el 62.5% de la asignación básica devengada en actividad y el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro para otros miembros de la fuerza pública, debe ser calculado en un 70% del monto de las partidas computables, esto es, el 70% del subsidio familiar devengado en actividad y así se está ordenando en ésta providencia.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma señalada. En consecuencia se declarará la nulidad del acto administrativo acusado y se accederá a las súplicas de la demanda en la forma indicada, pues el demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, en cuanto que los mencionados actos fueron expedidos con desconocimiento de las normas superiores invocadas.

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 demandante 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 5° 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 tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, 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 \$304.042 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° 2017-3601 del 6 de febrero de 2017, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a través de la cual la entidad le negó a la parte demandante el reajuste del subsidio familiar reconocido en su asignación de retiro. Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, en cuanto incluyó el subsidio familiar en un porcentaje inferior, por las razones expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENAR 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 ® LUÍS JAVIER MOTTA TRUJILLO, identificado con C.C. 83.218.910, a partir del 16 de abril de 2015, fecha de efectividad de la asignación de retiro, reliquidando el subsidio familiar reconocido en la asignación de retiro 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 y 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 trescientos cuatro mil cuarenta y dos pesos (\$304.042), 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.

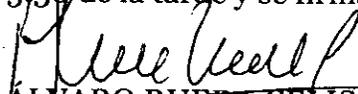
La apoderada de la parte demandante. No encontró causales de nulidad que invaliden lo actuado.

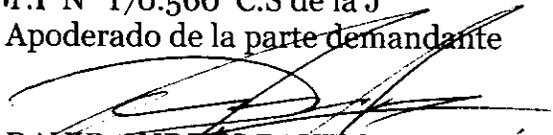
La apoderada de la entidad demandada. No encontró vicios que invaliden la actuación hasta este momento surtida.

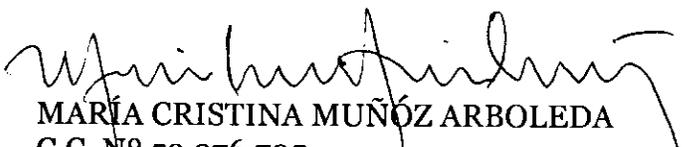
El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

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 tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


ALVARO RUEDA CELIS
C.C. 79.110.245
T.P N° 170.560 C.S de la J
Apoderado 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 parte demandada


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