



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIOS DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2015-0080-00

DEMANDANTE: ALBENIO ALBA HURTADO

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

ACTA No. 40 de 2016

REANUDACION DE AUDIENCIA INICIAL ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En la ciudad de Tunja, a los dos (02) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), día y hora fijados en audiencia del diecisiete (17) de febrero del año en curso, para llevar a cabo la diligencia de Reanudación Audiencia inicial dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO N° 15001-33-33-006-2015-0080-00** instaurada por **ALBENIO ALBA HURTADO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, la suscrita Juez **MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO**, en compañía de la doctora **ANA CAROLINA CELY LÓPEZ**, como secretaria Ad-Hoc, se constituye en se constituye en audiencia pública.

Se informa a los asistentes que la presente diligencia se desarrollara continuando con el orden indicado en la audiencia del diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016), de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

1. ASISTENTES:

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

- **APODERADA:** Doctora **CATHERINE PAEZ CAÑON**, identificada con Cedula de Ciudadanía N° 52'148.277 de Sogamoso y portadora de la Tarjeta Profesional No. 188.878 del C. S. de la J., en calidad de apoderada de la parte accionante.

1.2. PARTE DEMANDADA

- **APODERADO:** Doctor **SANTIAGO ANDRES SALAZAR HERNANDEZ**, identificado con cedula de ciudadanía N° 7'185.050 de Tunja y portador de la Tarjeta Profesional N° 150.427 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

1.4. INASISTENCIAS Y EXCUSAS:

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de este no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso segundo del numeral 2º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Las partes quedan notificadas en estrados.

2. EXCEPCIONES PREVIAS:

❖ Estudio oficioso de la excepción de cosa juzgada:

Mediante audiencia inicial celebrada el día diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016) se dispuso el recaudo de algunos medios probatorios a fin de resolver la excepción de cosa juzgada propuesta de oficio por este despacho, los cuales fueron allegados al expediente por la secretaria del Despacho (fls. 102-128), de estos documentos el Despacho encuentra lo siguiente:

El Juzgado Primero Administrativo de Oralidad a través de su secretaria mediante oficio No. 0110/J1 del veintitrés (23) de febrero, radicado el día veinticuatro (24) de febrero de los corrientes, manifiesta:

“De forma atenta me permito poner en su conocimiento, que revisado el Sistema Siglo XXI, no se encontró registro en este Despacho, de alguna Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho, instaurada por Albenio Alba Hurtado identificado con C.C. No. 74’358.577”

Teniendo en cuenta lo anterior, indica el despacho que no es de recibo lo manifestado por el apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en su afirmación hecha en la contestación de la demanda, en el numeral 9 del acápite denominado “ANTECEDENTES”, esto conforme a la respuesta dada por el Juagado Primero Oral del circuito de Tunja, en la que se manifiesta la no existencia de algún proceso adelantado por el señor ALBENIO ALBA HURTADO en ese despacho.

Por su parte la secretaria del Juzgado Doce Oral del Circuito allegó mediante oficio No. J012P-0180 del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016) copia de la demanda radicada dentro del expediente 2015-0137, una vez revisada la copia del libelo de la demanda arrimado a ese despacho y comparándolo con el proceso de la referencia, se observa lo siguiente:

JUZGADO	RADICADO Y TIPO DE PROCESO	DEMANDADO	PRETENSION
DOCE ADMINISTRATIVO ORAL	15001-33-31-006-2015-00137-00	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES	1. Se declare la Nulidad del Acto Administrativo 2014-56112 del 30 de julio de 2014, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la partida Subsidio Familiar a que legalmente tiene derecho el actor 2. Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reajustar la asignación de retiro del actor con la inclusión de la partida de Subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es 62.5%, a partir del 15 de mayo de 2014. 3. Ordenar el pago efectivo indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas

			canceladas por concepto de asignación de retiro (...).
SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORADIDAD	15001-33-33-006- 2015-0080-00	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES	1. Declarar la nulidad de los Actos Administrativos N°. 2014-55704 de fecha 29 de julio de 2014 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo salario y del Acto Administrativo Na. 2014-55871 de fecha 29 de julio de 2014 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó las peticiones solicitadas por el actor en el derecho de petición. 2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario) 3. Igualmente como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro

De conformidad con lo anterior, se observa que las pretensiones perseguidas en el Juzgado Doce Homólogo están encaminadas a la solicitud de reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar, y las pretensiones reclamadas en el medio de control que nos ocupa, el actor por intermedio de su apoderado solicita se liquide la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario) y a su vez solicita la liquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 (prima de antigüedad), de conformidad con lo anterior es claro para el despacho que las pretensiones del medio de control que hoy nos ocupa no son las que se están adelantando en el Juzgado Doce Homólogo, motivo por el cual no opera el fenómeno de la cosa Juzgada, por consiguiente lo procedente es continuar con el trámite dado para la presente audiencia.

Las partes se notifican en estrados.

Se procede a resolver las excepciones propuestas por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

- ❖ **Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.**
- ❖ **En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%, de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.**
- ❖ **En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70%, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.**
- ❖ **Ausencia de Vulneración al Derecho de Igualdad.**
- ❖ **No procedencia de la causal de Falsa Motivación en las actuaciones de CREMIL.**

De la lectura atenta de las excepciones, encuentra el Despacho que las mismas, en realidad son excepciones de mérito. Por tanto, dichas excepciones no serán resueltas en este estadio procesal, en tanto, para el mismo solo está previsto que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.- y sobre las previas que se encuentran también taxativamente enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión que contempla el artículo 306¹ del C.P.A.C.A.; de modo que como las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad no se enmarcan dentro de ninguna de las contempladas en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011 y, 100 del C.G.P., esta instancia se abstiene de emitir por ahora un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.*

En otras palabras, las motivaciones expuestas por el apoderado de la entidad demandada son argumentos de defensa que no constituyen excepciones previas y por lo tanto los mismos serán analizados únicamente con el fondo del asunto.

¹ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Fuera de las excepciones presentadas con la contestación de la demanda, el Despacho no encuentra otras excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimaciones en la causa, previstas en el numeral 6 del artículo 180 del C.P.A.C.A.

De igual forma, reitera el despacho que no falta ningún requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la parte actora.

Las partes quedan notificadas en estrados.

3. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

Revisada la demanda y su contestación se evidencia que únicamente hay consenso en lo inherente al "(...) *reconocimiento de la prestación, esto es el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo (...)*" y ausencia de consenso en los demás hechos, frente a los cuales el apoderado de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** indica que "(...) *la entidad se opone (...)*".

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho indaga a las partes acerca de si existe acuerdo sobre otros extremos de la demanda, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A., para lo cual se les concede el uso de la palabra

Se le concede el uso de la palabra **a la apoderada de la parte actora**, quien manifiesta: No señora no existe otro hecho en el que haya consenso.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte demandada**, quien manifiesta: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares asume la misma posición su señoría.

Una vez escuchadas las partes el Despacho procede a fijar el litigio sobre las pretensiones² propuestas en la demanda vistas a folios 2 a 3 del expediente; y los hechos³ planteados

² **PRETENSIONES:**

1) Declarar la nulidad de los Actos Administrativos N° 414-55704 de fecha 29 de Julio de 2014 mediante el cual, la **CAJA DE**

en la demanda que se observan a folios 3 a 4 del expediente; **salvo** la precisión hecha por el Despacho respecto de la situación fáctica en la que hubo consenso, inherente a: i). Que a **ALBENIO ALBA HURTADO** le fue reconocida asignación de retiro por parte de la entidad demandada mediante la Resolución N° 4343 del 15 de mayo de 2014; ii). Que mediante radicado N° 20140077582 del 23 de julio de 2014 el hoy accionante solicitó a la entidad demandada que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; iii) Que mediante radicado N° 20140077444 del 23 de julio de 2014 el hoy accionante

RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo salario y del Acto Administrativo N° 2014-55, e1.1. de fecha 29 de Julio de 2014 mediante el cual, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** negó las peticiones solicitadas por mi poderdante en el derecho de petición.

- 2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60 % del mismo salario).
- 3) Igualmente como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad.
- 4) Que se reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.
- 5) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
- 6) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del OPACA (Sentencia C188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).
- 7) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho

3 HECHOS:

1. El señor **ALBENIO ALBA HURTADO** prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional. Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporó como soldado 4/ voluntario, y a su vez a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.
2. Mediante Decreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creo dentro de la estructura de la Fuerza Pública la modalidad de "Soldados Profesionales".
3. El decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 por el cual "establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares", fija la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario.
4. En el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 el legislador dejó establecido un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.
5. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, mediante Resolución N°4343 de fecha 15 de Mayo de 2014 se reconoció asignación de retiro al soldado profesional, señor **ALBENIO ALBA HURTADO**.
6. Desde el reconocimiento de la Asignación la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidación la mesada de mi poderdante teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el cuarenta por ciento (40%) del mismo.
7. El Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, en el artículo 16° establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales: el setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un treinta y ocho por ciento (38,5%).
8. Con fecha 23 de Julio de 2014, radicado N° 20140077582, mi poderdante radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando y que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1) del decreto 1794 de 2000.
9. Con fecha 29 de Julio de 2014 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, mediante acto administrativo de radicado N° 2014-55871, negando las / peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.
10. Con fecha 23 de Julio de 2014, radicado N° 20140077444, mi poderdante radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que la liquidación de su asignación de retiro se haga de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del decreto 4433 de 2004, el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% de la prima de antigüedad,
11. Con fecha 29 de Julio de 2014 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, mediante acto administrativo de radicado N° 2014-55704, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

solicitó a la entidad demandada que la liquidación de su asignación de retiro se haga conforme a lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, el 70% de la asignación básica tomando el 38,5% de la prima de antigüedad y iii). Que la entidad demandada, mediante oficio N° 2014-55704, negó las peticiones solicitadas en el derecho de petición.

De esta manera queda fijado el litigio y las partes quedan notificadas en estrados.

4. CONCILIACIÓN:

Si bien el artículo 180 N° 8 del C.P.A.C.A., establece que en cualquier fase de la audiencia el Juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, se advierte que el tema aquí debatido tiene que ver con el reconocimiento y pago de unos derechos y acreencias laborales, asunto no conciliable⁴, al estar expresamente prohibido respecto derechos mínimos e intransigibles, en los términos del artículo 8° de la Ley 640 de 2001. Sin embargo, atendiendo a que pueden conciliar sobre cuestiones accesorias, se le concede el uso de la palabra a las partes para verificar si existe ánimo conciliatorio y si en el presente caso la entidad accionada se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte demandada**, quien manifiesta: el Comité de conciliación se reunió y mediante acta 17 de febrero de 2016 (...) dispuso no conciliar el presente asunto. Aporto el acta en 2 folios.

⁴ Con el fin de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es necesario precisar que son materia de conciliación los derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... cuando los asuntos sean conciliables..."
"...Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos señalados en la Ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la Ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público..." (Consejo de Estado Sección Segunda, sub-sección B C.P. Martha Lucía Ramírez de Páez. Rad: 23001-23-31-000-2009-00014-01(0728-09).

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tuxtepec
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Alba Hurtado
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-*

Se deja constancia de la incorporación del acta, y tal como lo manifestó el apoderado de la entidad accionada al no existir ánimo conciliatorio se declara fallida esta etapa de la audiencia y se ordena seguir con el trámite previsto para la misma

Las partes quedan notificadas en estrados.

5. MEDIDAS CAUTELARES.

En la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia.

6. DECRETO DE PRUEBAS:

6.1. PARTE DEMANDANTE:

❖ DOCUMENTALES:

1. Se apreciarán con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 23 a 34 del expediente.

6.2. PARTE DEMANDADA:

❖ DOCUMENTALES:

1. Se apreciarán con el valor que por ley les corresponden a los documentos vistos a folios 54 a 87 del expediente.

Las partes quedan notificadas en estrados.

7. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Atendiendo a que los asuntos sometidos a consideración del Juzgado son de puro derecho y que las pruebas obrantes en cada uno de los expedientes son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará aplicación al inciso final del artículo 179 del CPACA, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y el concepto del Ministerio Público y dictar sentencia en cada uno de los expediente de que trata esta audiencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus **alegatos de conclusión**:

Se le concede el uso de la palabra a la **apoderada de la parte actora**, quien manifiesta: Me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho y solicito respetuosamente se acceda a las pretensiones de la demanda

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada**, quien manifiesta: al no existir variación en los fundamentos de la demanda me mantengo en la posición planteada en la contestación de la demanda

9. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

I. ANTECEDENTES (Resumen de la Demanda y su contestación)

El apoderado de la **parte actora**, en su escrito de demanda, solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron lo solicitado por el demandante y, en su lugar, se ordene a la entidad demandada liquidar la asignación de retiro del demandante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero de del Decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60 % del mismo salario. Así mismo solicita se liquide la asignación de retiro del accionante de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir con el 70% de la asignación básica más el 38,5 de la prima de antigüedad.

Por su parte, la **entidad demandada** a través de su apoderado señala que se opone a todas las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que, en término generales, conforme al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse tomando en cuenta el salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, norma que indica claramente un porcentaje del 40%; lo que lleva a concluir que el pedido de las demandas es improcedente ya que se habla de un porcentaje diferente, contrariando las disposiciones legales sobre la materia.

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

2.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas en el expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte

contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado⁵.

2.2. Problemas Jurídicos:

Con el presente proceso se somete a consideración del Despacho el estudio de dos pretensiones:

La primera se deberá determinar si ¿Es procedente declarar la nulidad del acto demandado que negó la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, o por el contrario debe permanecer en el mundo jurídico bajo la presunción de legalidad del mismo? y,

La segunda referente a la forma de calcular la prima de antigüedad en la asignación de retiro deberá examinarse si ¿Existe indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en materia de reliquidación de la asignación de retiro, por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que a juicio del actor afecto doblemente la prima de antigüedad?

2.2. Argumentos y Sub argumentos que resuelven los problemas jurídicos planteados.

Para resolver los problemas jurídicos planteados el despacho resolverá los siguientes ítems: **i)** Del personal Vinculado a las Fuerzas Militares, **ii)** Del cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales, **iii)** Del régimen pensional y de asignación de retiro de

⁵ Ver el artículo 626

los soldados profesionales, **iv)** Del cálculo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro de los soldados profesionales; y **v)** Caso Concreto

2.2.1. Del personal Vinculado a las Fuerzas Militares:

De conformidad con el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; a su vez el artículo 217 de nuestra Carta Magna indica que *"La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea"*, lo que quiere decir que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Así las cosas, la normativa que regula el asunto en debate, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

2.2.2. Del cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales:

Lo primero que habrá que señalarse es la diferencia⁶ entre "soldado voluntario" y "soldado profesional", ya que si bien hoy en día con la normatividad que rige a las Fuerza Militares la figura de "soldado voluntario" ha desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano, unificándose bajo la denominación de "soldado profesional", lo cierto es que para la resolución del presente asunto es de vital importancia dicha distinción.

Así las cosas, la Ley 131 de 1985 por medio de la cual *"se dictan normas sobre servicio militar voluntario"*, instituyó 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 hayan sido aceptados.

Como se indicaba anteriormente, de acuerdo con dicha Ley 131 de 1985, son soldados voluntarios quienes habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., junio once (11) de dos mil nueve (2009). Radicación número: 70001-23-31-000-2000-00692-01(2311-08) Actor: PROSPERO SORACA GALVIS Demandado: ARMADA NACIONAL

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tarma
Validación y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Alba Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

respectivo comandante de la fuerza de continuar con su prestación a la institución castrense, por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares.

En complemento de lo anterior, el artículo 4 de la ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos:

*“ARTICULO 4a. 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”.*

Posterior a ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000 por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985, estableciendo lo siguiente:

“ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

Tal Decreto 1793 de 2000 señaló respecto de la incorporación del personal de soldados profesionales lo siguiente:

“ARTICULO 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*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tarma
Nullidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Alba Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

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”.

Ahora, en desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, disponiendo en su artículo 1:

“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

Dicho párrafo del “artículo siguiente” a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 prescribe:

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

De la normatividad citada se concluye que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares acogidos al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), lo mismo que el derecho a que se les cancele el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Ahora, el Decreto 1793 de 2000 establecía como fecha máxima para que los soldados voluntarios manifestaran ante sus superiores su deseo de incorporarse como profesionales, el día 31 de diciembre de 2000, lo que quiere decir que quienes no lo hicieron siguieron en su condición de voluntarios y por ende les seguía aplicando la Ley 131 de 1985. (Según la cual ganaban un Salario Mínimo más el sesenta por ciento)

No obstante lo anterior, el Ejército Nacional tomo la decisión de convertir a todos los soldados voluntarios, mediante "*orden militar*" en profesionales, lo que dio lugar a tres grupos de soldados profesionales; el primero de ellos integrado por el personal que ingreso directamente como soldado profesional a partir del año 2001 con la entrada en vigencia del Decreto 1793 del 2000, el segundo conformado por Soldados voluntarios que manifestaron su interés de convertirse en profesionales hasta el 31 de diciembre del año 2000, y el tercero que son los soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de la orden militar a partir del 1 de noviembre de 2003. El régimen salarial del grupo 1 y 2 se encuentra regulado por el Decreto 1794 de 2000, sin embargo la forma obligatoria de vinculación del grupo 3 no está expresamente regulada en ninguna norma, razón por la cual se ha presentado la discusión referente a si a ellos se les debe aplicar el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 (salario mínimo + 60%) o se les debe aplicar la norma general para los soldados profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000).

2.2.3. Del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales:

Mediante la Ley 923 de 2004, se establecen las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, bajo un marco de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad. Se indicó que la asignación de retiro se establecería por el reglamentador teniendo en cuenta exclusivamente "*el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado*" (artículo 3.1) y respecto de los soldados profesionales la pensión no podría ser inferior a 1.2 SMMLV (artículo 3.8)

En desarrollo de esta ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública". En su artículo 16, se estableció la asignación de retiro para los soldados profesionales, exigiendo como tiempo servido un mínimo de 20 años y respecto del cómputo de la prestación se indicó que sería equivalente "al setenta por ciento (70%) del

Juzgado Sexto Administrativo de Oradad del Circuito de Taxja
Validad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Alba Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes"

El artículo 13, del Decreto 4433 se encarga de definir las partidas computables en la asignación de retiro para el personal de las fuerzas militares y en relación con el asunto materia de estudio, señala para el personal de oficiales y sub oficiales en el numeral "13.1.1. Sueldo básico" y para los soldados profesionales en el numeral "13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000"

Este artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, como se expuso anteriormente al analizar el cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales, consagro lo siguiente:

"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, *quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)"*

Ahora, el párrafo del artículo 2 de que habla el artículo anteriormente citado es el siguiente:

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

De las disposiciones leídas, y de la orden militar de convertir a todos los soldados voluntarios en profesionales a partir del 1 de noviembre de 2003, vemos nuevamente la diferenciación de trato que expusimos anteriormente entre los tres grupos de soldados profesionales que se crearon, pues –se reitera- para el primer grupo integrado por el

personal que ingreso directamente como soldado profesional a partir del año 2001 su régimen salarial y prestacional se rige por el Decreto 1793 del 2000, para el segundo conformado por los Soldados voluntarios que manifestaron su interés de convertirse en profesionales hasta el 31 de diciembre del año 2000 se resguardó la remuneración establecida en el artículo 6 de la ley 131 de 1985, sin embargo para el tercer grupo que son los soldados voluntarios que fueron convertidos en soldados profesionales en virtud de la orden militar a partir del 1 de noviembre de 2003 existe la discusión de si a ellos se les debe aplicar en su remuneración el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 (salario mínimo + 60%) o se les debe aplicar la norma general para los soldados profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000).

2.2.4. Del cálculo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro de los soldados profesionales:

Como se expuso anteriormente, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la forma para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales en los siguientes términos:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Respecto a la manera de interpretar la norma anteriormente transcrita, el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 11 de diciembre de 2014 -proferida en sede de tutela-, manifestó lo siguiente:

“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del

mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”⁷”.

De conformidad con lo anterior, el 70% de que trata el artículo en cita para el cálculo de la asignación de retiro, se aplica únicamente sobre el salario mensual determinado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, y no sobre la prima de antigüedad, pues esta última prestación parte de dicho 70%, es decir la prima de antigüedad corresponde al 38.5% de ese 70%, y por tanto no es procedente aplicarle nuevamente el 70% a dicho resultado.

2.3. Caso Concreto

El apoderado de la **parte actora** manifiesta que el demandante prestó su servicio militar obligatorio y una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario, y a su vez a partir del 1º de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la fuerza, por lo que adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal incrementado en un 60%.

Por otro lado, respecto a la liquidación de la prima de antigüedad, indica que, si bien el acto de reconocimiento aplica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es menos cierto que en la proyección de la asignación de retiro se aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio al demandante.

Por su parte, **la entidad demandada**, manifiesta que al accionante se le reconoció la asignación de retiro de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente Dra MARIA ELIZABETH GARCIA, expediente núm. 2014-02292-01

de 1990. Así mismo, señala que conforme al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse tomando en cuenta el salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, norma que habla solamente del 40%; no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo que se habla de un porcentaje diferente, contrariando las disposiciones legales sobre la materia.

Respecto a la liquidación de la asignación de retiro, indica que, siguiendo la uniformidad y secuencia del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- ⊕ Que según consta en la Hoja de Liquidación de Servicios de **ALBENIO ALBA HURTADO** obrante a folio 29 del expediente, él prestó su servicio militar como soldado regular desde 1993-08-20 al 1995-02-25, como “soldado voluntario” de las Fuerzas Militares desde el 1995-03-14 al 2003-10-31; y finalmente desde el 2003-11-01 al 2014-04-04 ostentó la calidad de Soldado Profesional en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1793 de 2000, acogéndose consecuentemente al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 (fl. 29).
- ⊕ Que el señor **ALBENIO ALBA HURTADO** fue retirado del servicio “*por tener derecho a la pensión*”, dándose la baja con el grado de “soldado profesional”. En tal sentido, se ordenó el reconocimiento y pago de su asignación de retiro desde el día 4 de julio de 2014 (fls. 30-31).
- ⊕ Que según consta en la Resolución N° 4343 del 15 de mayo de 2014, la asignación de retiro del accionante fue reconocida de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía de:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Validación y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Alba Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

- 70% del salario mensual (Decreto 4580 de 2006), indicado en el numeral 13.2.1. (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), y
 - Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad
- ⊕ Que según certificación de partidas computables obrante a folio 32 el señor **ALBENIO ALBA HURTADO** devengo para el año de 2014 por concepto de asignación de retiro la suma de \$836.097 pesos mensuales.
- ⊕ Que el día 23 de julio de 2014 **ALBENIO ALBA HURTADO**, a través de su apoderado radicó petición N° 20140077444 ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** mediante la cual solicitó se liquide la asignación de retiro, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004: Que establece el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000 adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad. (fl. 23-24)
- ⊕ Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, mediante Oficio N° 0055704 del 29 de julio de 2014, consecutivo N°2014-55704, resolvió de forma desfavorable la petición hecha por el apoderado de **ALBENIO ALBA HURTADO** (fl. 25)
- ⊕ Que el día 23 de julio de 2014 **ALBENIO ALBA HURTADO**, radicó petición N° 20140077582 ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** mediante la cual solicitó se reliquide y ajuste la asignación de retiro, tomando como base de liquidación la asignación establecida en el artículo 1° inciso segundo del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario). (fl. 226-28).
- ⊕ Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, mediante Oficio N° 0055871 del 29 de julio de 2014, consecutivo N° 2014-55871, resolvió de forma desfavorable la petición hecha por **ALBENIO ALBA HURTADO** (fl. 29)

En orden a resolver el presente asunto, es pertinente recordar que en el acápite en que planteamos los problemas jurídicos del caso expusimos que la parte actora con el presente proceso somete a consideración del Despacho el estudio de dos pretensiones; la primera tendiente a la liquidación de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo y, la segunda referente a la forma en que se calculó la prima de antigüedad en la asignación de retiro, toda vez que a juicio del actor la entidad afecto doblemente esta prestación.

Así las cosas, y atendiendo a que en los acápites anteriores fueron analizados los dos temas correspondientes a las pretensiones planteadas por la parte actora, procede el Despacho a resolver cada una las pretensiones de la siguiente manera:

Respecto de la **pretensión tendiente a la liquidación de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo**, encuentra el Despacho que -de conformidad con el marco normativo expuesto respecto del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales- dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que la asignación de retiro estaba siendo reconocida en la forma indicada en el inciso primero del artículo **1 del Decreto 1794 de 2000**, y no se acreditó dentro del proceso que administrativa o judicialmente se haya efectuado un reconocimiento de la diferencia salarial, por tanto no habría razón para que la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** deba liquidar la asignación de retiro conforme al inciso segundo del artículo **1 del Decreto 1794 de 2000, cuando tal remuneración no fue percibida por el accionante**, indistintamente de que éste considere que tiene derecho a ella, pues la prestación se calcula respecto de lo efectivamente devengado y aportado por el beneficiario, según lo certificado en la hoja de servicios, tal como se desprende de los artículos **234 y 235 del Decreto 1211 de 1990**.

De esta forma resulta improcedente considerar que en estos casos, deba emprenderse un examen de la legalidad o constitucionalidad del numeral **13.2.1. del Decreto 4433 de 2004**, que remite tan solo al inciso primero del **artículo 1 del Decreto 1794 de 2000**, para establecer un trato desigual, injustificado e irrazonable respecto de la forma de

calcular las asignaciones de retiro del resto del personal de la fuerza, especialmente oficiales y suboficiales, a quienes se les tiene en cuenta como partida computable el sueldo básico, es decir el efectivamente devengado, pues sobre la asignación efectivamente pagada fue que se calculó la prestación pensional del demandante.

Diferente sería que al accionante se le haya pagado en actividad la remuneración aludida, es decir la del inciso segundo y **CREMIL** la haya liquidado bajo las reglas del inciso primero, por así indicarlo el **artículo 13.2.1.**, pero esa no es la controversia que se plantea, en el caso que se estudia.

Tampoco resulta procedente manifestar que la decisión de la entidad accionada desconoce los derechos adquiridos, porque ellos corresponden a situaciones jurídicas consolidadas, que han ingresado al patrimonio del administrado, lo cual no es visible respecto de la remuneración mensual que percibió en actividad, pues los pagos acreditados reflejan que estaba percibiendo la remuneración indicada en el inciso primero, del artículo **1 Decreto 1794 de 2000**, y no la establecida en el inciso segundo; situaciones frente a las cuales, en caso de existir inconformidad debía discutirse con el **MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**, pues fue quien emitió la orden administrativa de personal para incorporar al **DEMANDANTE** al cuerpo de soldados profesionales y tenía la responsabilidad para cancelar los salarios y prestaciones laborales; asistiéndole así mismo la competencia para atender las eventuales reclamaciones que respecto de la interpretación y aplicación de la ley – Decreto 1794 de 2000-, pudiera existir.

Como corolario tenemos que frente a la asignación de retiro reconocida por **CREMIL**, no es posible discutir o considerar que se haya afectado derechos adquiridos del demandante, respecto de la remuneración que debió percibir entre **noviembre de 2003 y la fecha de su retiro**, pues ello es competencia del **MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL**, a quien debieron plantearse oportunamente dichas inconformidades para que en el privilegio de lo previo; propio de la sede administrativa pueda valorar dichas situaciones y si es del caso, su determinación pueda ser controlada por la justicia administrativa, circunstancia sobre la cual no hay prueba en el proceso.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oradidad del Circuito de Tuxja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho, N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Altha Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-*

Por tanto pretender que sea **CREMIL** quien deba asumir la defensa de las razones por las cuales era o no viable continuar cancelando la remuneración que traía el accionante bajo la **ley 131 de 1985**, desconoce las competencia de la entidad quien se encarga de atender exclusivamente las asignaciones de retiro del personal de la fuerza que consolida el derecho de conformidad con **el Acuerdo 08 de 2002**.

Así que las argumentaciones planteadas en la demanda, relacionadas con la prohibición de desmejorar los salarios y prestaciones, la no regresividad en materia salarial y la aplicación del principio de favorabilidad, deben ser planteadas al empleador y en ellas es necesario analizar, como ya precisó, las consecuencias jurídicas que la manifestación de la intención clara y expresa de hacer parte del nuevo cuerpo de soldados profesionales tiene respecto de la remuneración, de acuerdo con lo prevenido en los artículos **1, inciso 1 y 2, párrafo del Decreto 1794 de 2000**, lo cual exige a no dudarlo un examen profundo sobre los derechos adquiridos y la comparación de los beneficios laborales, de una y otra alternativa, pero como se ha mencionado, discutible ante su empleador.

Al respecto, se indica, que en la actualidad existe un pronunciamiento conocido sobre el tema del H. Consejo de Estado de fecha 06 de agosto de 2015⁸, en el que se accedió a las pretensiones dirigidas al MINISTERIO DE DEFENSA en consideración a que los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales habían adquirido el derecho de conservar el incremento legal del 60% en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública; y en los Tribunales Administrativos existen posiciones diferentes; a modo de ejemplo tenemos que el Tribunal Administrativo de Casanare, en sentencia de 10 de julio de 2014, expediente 2013-0069-01, desestimó pretensiones dirigidas al MINISTERIO DE DEFENSA considerando que la aplicación integral del nuevo régimen de soldados profesionales era más benéfico y en consecuencia no existía desmejora salarial respecto de la remuneración que traían los soldados voluntarios. Otros Tribunales como Risaralda⁹ y Boyacá¹⁰, no han efectuado

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, seis (6) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13). Con anterioridad a este pronunciamiento el H. Consejo de Estado sí había tenido la oportunidad de pronunciarse pero en sede de tutela, al respecto se pueden consultar las sentencias de tutela de 16 de marzo de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2014-02434-01 M.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 24 de junio de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2015-01256-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁹ Sentencia 28 de marzo de 2014, MP. Olga Lucia Jaramillo, expediente 0111-0729

¹⁰ Sentencia 5 de febrero de 2015, MP Luis Ernesto Arciniegas, expediente 2013-0012

análisis acerca de la incidencia de la manifestación de la voluntad de hacer parte del cuerpo de profesionales y han accedido a pretensiones, encaminadas al pago de salarios, en todo caso frente al **Ministerio de Defensa** y no frente a **CREMIL**.

Así las cosas si el demandante consideraba que durante el servicio activo, tenía derecho a devengar otro monto de salario como el establecido en el inciso segundo de la norma en cuestión, por haberse desempeñado como soldado voluntario, así ha debido reclamarlo ante el ente empleador, para que posteriormente pudiese tenerse en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro, empero, como la asignación efectivamente devengada, fue la que se tuvo en cuenta por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** para reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, no advierte el Juzgado el quebrantamiento de derechos adquiridos o violación al principio de igualdad, ni la afectación de la seguridad social

Ahora bien, frente a la **pretensión referente a la forma en que se calculó la prima de antigüedad en la asignación de retiro**, en la que afirma el actor que la entidad afecto esta prestación, estima el Despacho que el señor **ALBENIO ALBA HURTADO**, no le asiste derecho a que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reliquide la prima de antigüedad en la asignación de retiro tal y como lo solicita el apoderado de la parte actora, por cuanto se evidencia que no existe diferencia, en la manera como la entidad está dando aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues tal y como se avizora en la resolución que reconoce la asignación de retiro (fls. 30-31) y en la certificación obrante a folio 32 en la que consta que para el año 2014 el accionante devengaba la suma de \$836.097 por concepto de asignación de retiro, de estos documentos se evidencia que es correcto el cálculo realizado, pues para realizar la liquidación de la Asignación de retiro se aplica la siguiente formula; (i) sueldo básico por la valor de \$862.400, que corresponde a un salario mínimo incrementado en 40%, (ii) la asignación es del 70% de la suma anterior, lo que corresponde a \$603.680, y (ii) se le adiciona el 38.5% que es \$332.024, para un total en 2014 de \$836.097, que es el valor certificado como devengado en la certificación obrante a folio 32, razón por la cual estima el Despacho correcta la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dada por

la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, respecto a la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

2.5. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con lo anterior, lo procedente sería imponer la correspondiente condena en costas a la parte actora como lo ordenan los artículos 365 a 366 del C.G.P., sin embargo como en el presente caso la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no acredita haber incurrido en gasto alguno, no se hará reconocimiento al respecto. Esto de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2014, en la que aclaro el tema de las costas en el sentido de que *"el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador, se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno."*¹¹

¹¹ Sobre el tema más ampliamente expreso dicha Corporación:

"De la condena en costas.

Al respecto, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) estableció que: "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". En ese sentido, a diferencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), impone al Juez pronunciarse respecto de la condena en costas atendiendo a elementos objetivos, sin tener en consideración el análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Debe advertirse que dicha condena es una figura que surge del proceso propiamente dicho y hace relación a los gastos en los que se debe incurrir para obtener una declaración o ejecución judicial de un derecho¹⁷². Estas deben ser sufragadas por aquel que fue vencido en el proceso¹⁸¹ y, comprende además de las expensas necesarias, las agencias en derecho, es decir el pago de honorarios del abogado de la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses¹⁹¹.

No obstante, el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador²⁰¹, se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno.

Ahora bien, para efectos de este trámite, el artículo 366 del Código General del Proceso estableció que la competencia recaen en el Tribunal o Juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente después de quedar ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, correspondiendo al Secretario hacer la liquidación y al Magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga. La liquidación debe incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que, se reitera, aparezcan comprobados y correspondan a

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albonio Alba Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL-

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte de motiva de este proveído.

Segundo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP y de conformidad con la jurisprudencia emanada por el H. Consejo de Estado.

Tercero.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

Se le concede la palabra a la apoderada de la parte actora quien manifiesta:
Interpongo recurso de apelación el cual será sustentado en el término legal.

Se le concede el uso dela palabra al apoderado dela entidad accionada quien manifiesta: Sin manifestación alguna su señoría.

actuaciones autorizadas por la ley, además de las agencias en derecho, aunque se litigue sin apoderado. La liquidación así practicada puede ser objetada y el Auto que la confirme es apelable.
Por tal motivo, y en virtud a que el A – quo condenó a la parte demandada en un "(...) 80% en costas y en agencia de derecho (...)", omitiendo el procedimiento establecido para la fijación y liquidación de estos emolumentos, la Sala adarará el numeral sexto de la Sentencia apelada en el sentido de retirar dicho porcentaje de la condena impuesta, pues entiéndase que se deben tener en cuenta los presupuestos establecidos en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso."

Juzgado Segundo Administrativo de Oradidad del Circuito de Taja
Nullidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-3333-006-2015-0080
Demandantes: Albenio Albia Hurtado
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 9:50 de la mañana y se firma por quienes intervinieron en ella.



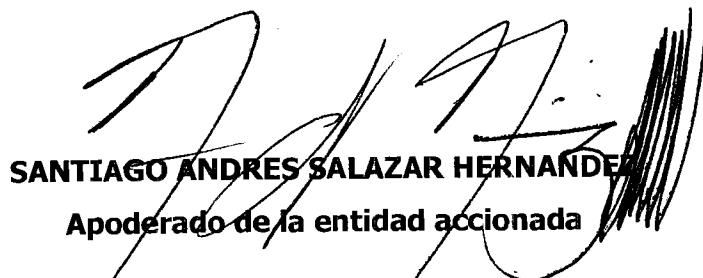
MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez



CATHERINE PAEZ CANON

Apoderada de la parte actora



SANTIAGO ANDRES SALAZAR HERNANDEZ

Apoderado de la entidad accionada



ANA CAROLINA CELY LÓPEZ

Secretaria Ad- Hoc