

159

República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja  
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, **23** AGO 2018

**DEMANDANTE:** JANER TELLEZ BONET  
**DEMANDADO:** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**VINCULADO:** MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL  
**RADICACIÓN:** 150013333014 2015-00147-00  
**ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**I. LA DEMANDA:**

El señor **JANER TELLEZ BONET**, por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, quien plantea que se acojan las siguientes:

**1. PRETENSIONES** (fls.2 y vto.):

Solicita se declare la nulidad del **Oficio No. 8266 del 12 de febrero de 2015**, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó el reajuste de la asignación de retiro (fls.18 y vto.) y del **Oficio No. 14222 del 06 de marzo de 2015**, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del Oficio No. 8266 (fls.21 y vto.)

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en lo siguiente:

*"2.1 REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA*



*NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA **PRIMA DE ANTIGÜEDAD**.*

*2.2 REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MINIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40% CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MINIMO LEGAL VIGENTE **INCREMENTO EN UN 60%**.*

*2.3 REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL **SUBSIDIO FAMILIAR** COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENTRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICÍA, SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.”.*

Así mismo, solicita el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos; así como el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados y el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados. Finalmente solicita se condene es costas a la entidad demandada.

Finalmente advierte el Despacho que en **audiencia inicial** realizada el **05 de octubre de 2016**, en la etapa de saneamiento del proceso se resolvió: tener como actos demandados además de los Oficios Nros. 8266 del 12 de febrero de 2015 y 142222 del 06 de marzo de 2015, **la HOJA DE SERVICIOS No. 3-13167718 del 15 de febrero de 2014**, del señor JANER TELLEZ BONET y se ordenó **vincular en la parte pasiva** de la Litis al **MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** (fls.109 a 111).



## 2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls.2 vto. y 3):

Se enunciaron en resumen los siguientes:

Que el señor JANER TELLEZ BONET, ingresó al Ejército Nacional el 01 de julio de 1995, en condición de soldado voluntario y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

Que por decisión del Ejército Nacional el demandante, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados soldados profesionales a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante la Resolución No. 2791 del 25 de marzo de 2014, le reconoció al demandante su asignación de retiro.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la mesada del demandante tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70%, aplicado un doble descuento sobre la prima de antigüedad.

Que desde el reconocimiento de la asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, viene liquidando la asignación de retiro del demandante teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado solo en un cuarenta 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Que en aplicación al principio de igualdad los soldados profesionales tienen derecho al reajuste de la asignación de retiro, con la inclusión de la partida del subsidio familiar en el mismo porcentaje que la percibían en actividad.



### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:**

La parte demandante considera que se han vulnerado los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 138 y 159 a 195 del C.P.A.C.A: artículo 10 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Argumenta que la entidad demandada vulnera las normas de rango constitucional al realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro, desconociendo el derecho a devengar una pensión justa.

Señala que CREMIL viola el Decreto 4433 de 2004, por cuanto decide aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro a que tiene derecho el actor; que para determinar el monto de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, no obstante la entidad dispuso una liquidación contraria a la norma y que afecta doblemente la prima de antigüedad.

Indica que el demandante ostentaba a 31 de diciembre de 2000, la condición de soldado voluntario y por tanto su situación se enmarca en los parámetros establecidos en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y en consecuencia el último salario que debió devengar el soldado profesional antes de ser retirado del Ejército Nacional debía ser de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% y es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del actor, pues resulta ilegal que se liquide sobre un salario inferior.

Sustenta que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que para todos los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, así como para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro el subsidio familiar, salvo para los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándolos en situación de desigualdad.

Considera que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional y vulnera el derecho a la igualdad y por tanto al dejarse de incluir



en la liquidación de la asignación de retiro del demandante la partida del subsidio familiar que devengó en actividad, debe inaplicarse para el caso bajo estudio dicha norma y en su lugar ordenar la inclusión del referido subsidio familiar.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

### • CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:

Dentro del término legal establecido la apoderada de la entidad demandada, contesta la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fls.54-59):

Señala que el reconocimiento de la asignación de retiro al demandante se efectuó 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, conforme a lo establecido en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Como argumento de defensa sustenta la *"LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES"*, y señala que actualmente la norma que regula la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es el Decreto 4433 de 31 diciembre de 2004, norma de carácter especial que prima sobre las generales.

Finalmente, como excepciones propone las que denomina:

- i) *"INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE"*; argumentado que el Decreto 4433 de 2004, establece de manera taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes a tener en cuenta en el reconocimiento de la asignación de retiro, sin que allí esté incluida la partida del subsidio familiar.
- ii) *"CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO"*; bajo la cual sustenta que con fundamento en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario



básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo aplica la entidad.

iii) *"INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO 40-60%"*; indica que en la hoja de servicios del demandante, expedida por el Ministerio de Defensa se encuentran las partidas computables, donde se enuncian la Prima de Antigüedad y el Sueldo Básico que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%, sin que se pueda dar un alcance diferente a la disposición normativa.

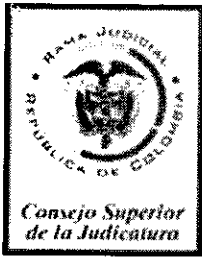
iv) *"NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD"*; refiere que cada uno de los miembros de la Fuerza Pública cuentan con disposiciones especiales diferentes que regulan sus prestaciones, bien se trate de oficiales o suboficiales, miembros de la Policía Nacional, personal civil o soldados profesionales y que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho de igualdad por cuanto fue el mismo legislador el que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

v) *"NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES"*: manifiesta que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares, por lo tanto no se pueden enmarcar dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de - falsa motivación.

- **De la parte vinculada por pasiva MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL:**

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada contestó la demanda (fls.122-133), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, no expidió el acto administrativo demandado y por otra parte la pretensión exclusiva es la del reajuste de la asignación de retiro, más no de la asignación salarial devengada en servicio activo, único caso en el que la entidad estaría legitimada por pasiva.

Indica que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para realizar el reajuste de la asignación de retiro, solo basta seguir las directrices que ordena la ley



que regula la materia, sin que se justifique la vinculación del Ministerio de Defensa y tampoco con el propósito de modificar la Hoja de servicios.

Finalmente propone como excepciones las siguientes:

i) *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*: bajo la cual sustenta que el solo hecho que el aquí demandante haya laborado en dicha entidad, tal circunstancia por sí sola no tiene la connotación suficiente para que se vincule al presente proceso, toda vez que ella no es la competente para reconocer el derecho aquí reclamado y el acto administrativo cuya nulidad se solicita fue expedido por otra entidad. Como sustento hace referencia a la Sentencia del Consejo de Estado del 2 de junio de 2016, radicado No. 11001-03-15-000-2015-03273-01.

ii) *"PRESCRIPCIÓN"*: solicita que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda se de aplicación a la figura de la prescripción cuatrienal que contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

iii) *"EXCEPCIÓN GENÉRICA"*.

### III. ACTUACION PROCESAL:

#### 3.1 Audiencia Inicial:

Admitida la demanda por este Juzgado mediante proveído del 22 de octubre de 2015<sup>1</sup> y notificada la parte demandada CREMIL<sup>2</sup>, contestó la demanda dentro del término legal<sup>3</sup>; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones<sup>4</sup> mediante proveído del 21 de abril de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial<sup>5</sup> la cual se realizó el 05 de octubre de 2016, desarrollándose la misma hasta la etapa de saneamiento del proceso en la que se resolvió tener como actos demandados además de los Oficios acusados, la HOJA DE SERVICIOS No. 3-13167718 del 15 de febrero de 2014 y así mismo se ordenó vincular en la parte pasiva de la Litis al MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>Folios 38 a 40.

<sup>2</sup>Folios 46 a 51.

<sup>3</sup>Folios 54 a 59

<sup>4</sup>Folios 97.

<sup>5</sup>Folios 99 y vto.

<sup>6</sup>Folios 109 y 110.



La parte vinculada fue notificada el 13 de febrero de 2017<sup>7</sup> y contestó la demanda dentro del término legal<sup>8</sup>; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones<sup>9</sup> mediante proveído del 27 de julio de 2017, se fijó fecha para audiencia inicial<sup>10</sup> la cual se realizó el 20 de septiembre de 2017, desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas<sup>11</sup>.

**3.2 Audiencia de Pruebas:** el 15 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de pruebas, en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito<sup>12</sup>.

#### IV. ALEGATOS:

- **De la parte demandante** (fls.181-185 vto.):

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora presenta alegatos de conclusión, en los que reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda y solicita en el *sub lite* la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, magistrada ponente Sandra Lisset Ibarra Veléz radicado No. CE-SUJ2 850013333000220130006001.

**La parte demandada** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y **la parte vinculada** MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, **guardaron silencio en esta etapa procesal.**

El **MINISTERIO PUBLICO** no emitió concepto.

#### V. ANALISIS PROBATORIO:

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y

<sup>7</sup>Folios 117 a 119.

<sup>8</sup>Folios 122 a 133

<sup>9</sup>Folios 152.

<sup>10</sup>Folios 155 y 156.

<sup>11</sup>Folios 155 y 156.

<sup>12</sup>Ver folios 177 y 179.





allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

• **Documentales:**

1. Copia de la Hoja de Servicios No. 3-13167718 del **15 de febrero de 2014**, correspondiente al demandante JANER TELLEZ BONET (fls.32 y vto.).
2. Copia auténtica de la **Resolución No. 2791 del 25 de marzo de 2014**, por medio de la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconoce y ordena el pago de la asignación de retiro al Soldado Profesional JANER TELLEZ BONET (fl.12 y 13).
3. Constancia de tiempo de servicios del demandante de fecha **06 de noviembre de 2014**, proferida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional (fl.34).
4. Derecho de petición del **03 de febrero de 2015**, presentado por el demandante ante CREMIL, por medio del cual solicita el reajuste de la asignación de retiro en un 60%, así como la correcta liquidación de la prima de antigüedad, y la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro (fls.14-17 vto.).
5. **Oficio No. 8266 del 12 de febrero de 2015**, mediante el cual CREMIL, negó el reajuste de la asignación de retiro (fls.18 y vto.).
6. Memorial del **18 de febrero de 2015**, mediante el cual el demandante interpone recurso de reposición en contra del anterior oficio (fls.19-20).
7. **Oficio No. 14222 del 06 de marzo de 2015**, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el demandante en contra del Oficio No. 8266 (fls.21 y vto.).
8. Copia del expediente administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro del accionante aportado por CREMIL (fls.68-94).
9. **Oficio No. 90833 del 13 de octubre de 2017**, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL (fl.171), con el cual anexa *certificación de las partidas computables al momento del reconocimiento de la asignación de retiro del señor JANER TELLEZ BONET* (fl.173).
10. **Oficio No. 20173061885001 del 25 de octubre de 2017**, suscrito por la Oficial Sección Atención al Usuario de la Dirección de Personal del MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL (fl.174), con el cual anexa *certificado de los haberes devengados por el señor JANER TELLEZ BONET para los meses de octubre y noviembre de 2003* (fls.174.176).



## VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

### A. PROBLEMA JURIDICO:

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos (fl.163 y 165):

Corresponde al Despacho definir si: *i) se debe declarar la nulidad de los actos administrativos demandados Oficios Nros. 8266 del 12 de febrero de 2015 y 14222 del 06 de marzo de 2015 y la Hoja de Servicios No. 3-13167718 del 15 de febrero de 2014, y en caso afirmativo establecer si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, y sobre dicho valor tomar el 70% establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, aplicando la fórmula correspondiente.*

*ii) Adicionalmente establecer, si es procedente reajustar la asignación de retiro del actor para incluir como partida computable el subsidio familiar en virtud del derecho de igualdad.*

### B. TESIS:

De acuerdo con lo expuesto, analizadas la demanda y las alegaciones finales de las partes, el Despacho advierte que los argumentos relevantes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis argumentativa de la parte demandante:**

*Considera que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto, el demandante tiene derecho a que CREMIL le reconozca y reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta para el efecto un salario mínimo incrementado en un 60% lo cual viene a constituir el monto de la asignación básica.*

*Lo anterior, por cuanto el actor ostentaba la calidad de soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985 y que al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba bajo esa condición, es decir que había adquirido el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, por lo tanto, atendiendo a lo establecido en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 y la ley 4 de 1992, su salario debía ser devengando en la misma proporción, sin embargo, la entidad demandada redujo el porcentaje que venía percibiendo pasándolo de un 60% a un 40% de un salario mínimo.*



*Respecto a la prima de antigüedad manifiesta que se le está realizando un doble descuento pues a pesar que la norma establece que la asignación de retiro está conformada por el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5 de la prima de antigüedad, la entidad está sumando el 38.5% al 100% y del valor resultante le está sacando el 70% para reconocer el monto allí establecido como asignación de retiro, por lo cual solicita el reajuste de la referida prima, realizando la correspondiente liquidación en los términos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.*

*Finalmente señal que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no incluyó el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, a pesar que fue devengado por el actor en servicio activo, vulnerando así el derecho de igualdad. Sustenta que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es inconstitucional por ser contrario a lo ordenado en la Carta Política, razón por la cual debe ser inaplicado para el caso bajo estudio, toda vez que a todos los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, se les liquida la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, salvo a los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándolas en situación de desigualdad frente a sus compañeros.*

- **Tesis argumentativa de la parte demandada:**

*Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a 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. Así mismo, señala que no existe fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, porque el Decreto 4433 de 2004, establece de manera taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes a tener en cuenta en el reconocimiento de la asignación de retiro, sin que allí esté incluida la partida del subsidio familiar. De igual forma, indica que existe una correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, porque conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo aplica la entidad. Finalmente, sustenta que no existe fundamento en cuanto al reajuste solicitado del 60%, porque en la hoja de servicios se encuentran las partidas computables, donde se enuncian la Prima de Antigüedad y el Sueldo Básico que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%, sin que se pueda dar un alcance diferente a la disposición normativa.*

- **Tesis argumentativa de la parte vinculada MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL:**

*Sostiene que en el caso particular se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto el demandante no ha elevado petición alguna al Ministerio de Defensa y el acto administrativo demandando no fue expedido por dicha entidad.*

- **Tesis argumentativa del Despacho:**

*El Despacho accederá a las pretensiones de la demanda pues resulta procedente el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional solicitado, por haber sido el demandante soldado profesional y antes soldado voluntario, atendiendo para ello la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, del Consejo de Estado, para quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y, en virtud del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, quedaron cobijados por el régimen prestacional designado para éstos, pero conservaron, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En consecuencia, se declarará la nulidad del acto demandado.*



*En relación a la aplicación del Decreto 4433 Jr 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, 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**, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parte del salario básico, sino del 70% del mismo, en consecuencia CREMIL deberá Reliquidar en este sentido la asignación de retiro del actor.*

*De otra parte, frente a la **inclusión del subsidio familiar** dirá el Despacho que siguiendo los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y en aplicación al principio de igualdad, resulta procedente la inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación del actor, razón por la cual para el caso bajo estudio se **inaplicará por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, que excluye como partida computable el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales. Así mismo, se observa que en el presente caso no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.*

*Finalmente atendiendo los parámetros señalados por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de junio de 2016, radicado bajo el No. 110010315002015-03273-, se declarará en el sub lite probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.*

### **C. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:**

Para resolver el problema jurídico, el Despacho hará un estudio argumentativo así:

1. Régimen jurídico aplicable - Cambio de Categorización de Soldados Voluntarios a Soldados Profesionales.
2. Reconocimiento de la Asignación de Retiro para los Soldados Profesionales.
3. De los derechos adquiridos.
4. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016.
5. De la inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación de la asignación de retiro.
6. Del Caso concreto.

#### **1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE -- CAMBIO DE CATEGORIZACIÓN DE SOLDADOS VOLUNTARIOS A SOLDADOS PROFESIONALES:**

La Ley 131 de 1985, 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 por el Comandante de Fuerza, quedando sujetos a partir de su vinculación.

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%**.



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.

En cuanto a la incorporación del personal de soldados profesionales preceptuó el parágrafo del artículo 5, lo siguiente:

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

Se advierte de toda la normatividad antes descrita, que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, a partir del 1 de enero de 2001, siempre que así lo hubieran expresado, garantizándoles su antigüedad y respetándoles el porcentaje de la “*prima de antigüedad*” a la que tenían derecho.

A su turno, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso: “*El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos (...).*”

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

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



El párrafo del artículo siguiente al que se refiere la norma anterior, es decir, el párrafo del artículo 2° del Decreto 1794 de 2000, dispuso:

*“(...) 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 tuviera al momento de la incorporación al nuevo régimen (...)”.*

Lo expuesto permite inferir que los Decretos 1793 y 1794 del 2000, en relación con los soldados profesionales, diferencian entre los que **se vinculan al servicio por primera vez, a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 y los que, en su condición de soldados voluntarios en virtud de su solicitud, fueron incorporados en calidad de soldados profesionales en virtud de su solicitud**, atribuyéndoles efectos distintos en materia salarial a unos y otros, por cuanto para el primer caso, disponen que quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo caso, devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

## **2. RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES:**

El régimen salarial y prestacional para soldados profesionales de las fuerzas militares es el establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

Normatividad que concibe la asignación de retiro para soldados **profesionales** como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, determinó el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales, siempre y cuando reúnan las condiciones allí señaladas. Dice la norma:



*“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.**”*

Y los factores a tener en cuenta, son los señalados en el artículo 13 del mismo Decreto tal y como se indica en el numeral 13.2. Soldados profesionales, 13.2.1. El salario mensual conforme el decreto 1794 de 2000 y 13.2.2 el porcentaje de la prima de antigüedad<sup>13</sup>.

En ese orden de ideas, advierte esta Instancia que el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, 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, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parta del salario básico, sino del 70% del mismo.

### **3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:**

Dentro de los derechos adquiridos que se garantizan en Colombia se encuentran los salarios y prestaciones sociales, a los que se accede con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron, tal como lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política.

Cuando se trata de salarios y prestaciones sociales, existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, en concordancia con lo previsto en el artículo 53 de la Carta.

<sup>13</sup> Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primera 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.



De igual forma, la Carta estipuló que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, adicionalmente, a la luz de los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados.

En repetidas ocasiones la Corte Constitucional se ha referido al concepto de derecho adquirido, y a cuando se debe entender que dejó de ser una mera expectativa. Sobre este punto, en sentencia C-177 de 2005<sup>14</sup> precisó:

*“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*

*“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.*

(...)

*“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa.' (Negrilla fuera del texto original).*

Estos criterios fueron reiterados más adelante por la misma Corte, en los siguientes términos:

*“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes” (Negrilla fuera del texto original).*

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 177 de 1º de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.





En suma, los derechos salariales y prestacionales a los cuales accedieran los soldados profesionales, anteriormente vinculados como soldados voluntarios, a la luz de la normatividad antes revisada, no podían ser desconocidos ni desmejorados, puesto que ya no se trataba de simples expectativas.

#### **4. DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 25 DE AGOSTO DE 2016:**

En sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, Expediente: 3420-2015 el Consejo de Estado, se pronunció sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales, concluyendo que las prestaciones sociales a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Así el reajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, **las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.** El Consejo de Estado fijó las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

##### ***“Reglas jurisprudenciales***

**Primero.** De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>15</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

**Segundo.** De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>16</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

**Tercero.** Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar

<sup>15</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>16</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.



de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

**Cuarto.** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10<sup>17</sup> y 174<sup>18</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>19</sup> y 1211 de 1990,<sup>20</sup> respectivamente”.

## 5. DE LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN LA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO:

En el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar fue definido como una prestación social en favor de un grupo especial de trabajadores para un propósito específico, así:

*“Artículo 1º. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. (Negrilla fuera de texto).*

Al respecto, en la Sentencia C-1173 de 2001, la Corte Constitucional consideró que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto de la naturaleza prestacional del subsidio familiar en favor de personas con bajos ingresos, así:

*“Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una **prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos**, con destino a quienes dependen de ellas y **con el fin de proteger la familia.** (...)*

<sup>17</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>18</sup> Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

<sup>19</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

<sup>20</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



*... se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.”<sup>21</sup> (Negrilla fuera de texto).*

La normatividad y la jurisprudencia traída en cita, no deja más que concluir que es a la población de menores ingresos laborales a la que busca proteger el subsidio familiar, por ende a la familia del trabajador.

Ahora bien, el subsidio familiar para los soldados profesionales fue establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

*“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...”*

De otro lado, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, establece las partidas computables para el personal de las fuerzas militares así:

*“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

**13.1 Oficiales y Suboficiales:**

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 **Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.**

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

**13.2 Soldados Profesionales:**

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 23 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00251-01(1276-07).



*computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”*  
(Resalta el Despacho).

Así las cosas, advierte el Despacho que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, pero no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, frente a lo cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no existe justificación para dicho trato desigual, así, en sentencia de 17 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. BERTHA LUCIA RAMÍREZ PÁEZ, se estudió el trato discriminatorio dado a los soldados profesionales en relación al subsidio familiar, en los siguientes términos<sup>22</sup>:

*“De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.*

***El derecho a la igualdad***  
(...)

*...la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales “(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.”, es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.*

***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 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 tienen 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 esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación*

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente ním. 11001031500020130182100, C.P. Bertha Lucia Ramírez Páez.



*de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, 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. ....” (Resalta el Despacho).*

El anterior precedente jurisprudencial ha sido reiterado por el Consejo de Estado al resolver acciones de tutela en las que ha indicado que la aplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional en tanto el mismo establece un trato diferenciado de manera injustificada, por cuanto no incluye como partida computable el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, mientras que sí la incluye en la liquidación de los oficiales y suboficiales.

Finalmente, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de **29 de abril de 2015**, se pronunció frente al criterio adoptado por la sección segunda en la sentencia del 17 de octubre de 2013, en los siguientes términos<sup>23</sup>:

*“...Para la Sala, la regla que subyace en la sentencia que se invoca como precedente obligatorio es la siguiente:*

*Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.*

*Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.*

*El Tribunal Administrativo de Antioquia desatendió la anterior regla jurisprudencial, pues negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, con el argumento de que la “experiencia, preparación y responsabilidades” exigidas para desempeñarse como soldado profesional son distintas a las de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.*

*A juicio de la Sala, esa razón desconoce que el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de que son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional.” (Resalta el Despacho).*

En conclusión, resulta procedente incluir el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, dado que su

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, expediente núm. 11001031500020150038000 (AC), C.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.



exclusión no se encuentra justificada y vulnera el derecho de igualdad, razón por la cual **es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, que excluye como partida computable el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Tomando en consideración lo antes expuesto el Despacho realizará el análisis del caso concreto.

#### **6. CASO CONCRETO:**

Descendiendo al caso bajo estudio se establece que el demandante pretende la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, y sobre dicho valor tomar el 70% establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Así mismo, solicita el reajuste de la asignación de retiro para incluir como partida computable el subsidio familiar en virtud del principio de igualdad.

Por su parte CREMIL, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a 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 otro lado, el MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, indica que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto el demandante no ha elevado petición alguna al Ministerio de Defensa y el acto administrativo demandando no fue expedido por dicha entidad.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente tenemos probado lo siguiente:

- Que el demandante señor **JANER TELLEZ BONET** prestó sus servicios al EJÉRCITO NACIONAL, según se acredita con la constancia de tiempo de servicios de fecha 06 de noviembre de 2014, proferida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional *visible a folio 34*, en los siguientes periodos:



1. **SERVICIO MILITAR (Soldado Regular):** desde el 21 de diciembre de 1993 hasta el 30 de junio de 1995.
2. **SOLDADO VOLUNTARIO:** desde el 01 de julio de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003.
3. **SOLDADO PROFESIONAL:** desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 15 de enero de 2014.

- Que durante el periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003, estuvo vinculado como soldado Voluntario y por Disposición de las Fuerzas Militares de Colombia Ejercito Nacional, a través de la Orden Administrativa de Personal N° 001175 del 20 de octubre de 2003, se ordenó incorporar como soldados profesionales a los soldados voluntarios, que manifiesten su intención de ser incorporados al régimen de carrera y prestacional señalados en los Decretos 1793 y 1794 del 2000, según se observa de la hoja de servicios (fl.32).
- Que mediante la **Resolución N° 1069 del 09 de febrero de 2015**, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Soldado Profesional JANER TELLEZ BONET, liquidándola así ( fl.12 y 13):

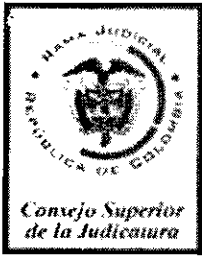
*“En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 3068 de Diciembre 30 de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000)*

*Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.*

- Que como liquidación de la asignación de retiro del soldado profesional **JANER TELLEZ BONET**, CREMIL fijo la siguiente (fl.173):

SUELDO BÁSICO		: \$ 862.400
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,50	: \$ 332.024
SUBTOTAL		: \$ 1.194.424
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70,00%	
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO:		: <u>\$ 836.097</u>

De acuerdo a lo probado en el caso del señor **JANER TELLEZ BONET**, se tiene que fue soldado voluntario desde el 01 de julio de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003, devengando una bonificación conforme a la Ley 131 de 1985, equivalente a un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; posteriormente al ser incorporado como soldado profesional a través de la Orden Administrativa de



Personal N° 1175, a partir del 01 de noviembre de 2003, devenga el salario mínimo legal vigente aumentado en un 40% hasta la fecha de su retiro del servicio esto es, el 15 de enero de 2014.

Bajo estos parámetros, haciendo eco de la Jurisprudencia de Unificación señalada en precedencia, y en armonía con lo estipulado por el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, se advierte que el demandante **JANER TELLEZ BONET**, tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual incrementado en un 60% y no en un 40% como se realizó.

Lo anterior por cuanto el demandante se desempeñó inicialmente como soldado voluntario y luego fue incorporado como soldado profesional, lo que no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>24</sup> equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793<sup>25</sup> y 1794<sup>26</sup> de 2000 **garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos** de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones, respecto al tema en múltiples pronunciamientos el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>27</sup> y el Honorable Consejo de Estado, entre otras, **en sentencia de tutela de dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016); Consejera Ponente: María Elizabeth García González; Ref.: Expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, accedieron al derecho reclamado.**

Así las cosas, en el *sub examine*, el demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados **Oficios Nros. 8266 del 12 de febrero de 2015 y 14222 del 06 de marzo de 2015**, mediante los cuales la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la asignación de retiro, equivalente al 20% correspondiente a la diferencia entre lo que venía

<sup>24</sup> *Ib.*

<sup>25</sup> *Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*

<sup>26</sup> *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

<sup>27</sup> *Ver providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en fecha quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) exp. 150013333003-2014-00056-01. MP JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI, y de manera reciente en fecha 10 de marzo de 2017, del Dr. FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS, Rad N 2016-00008.*





devengando y lo que efectivamente debía percibir como soldado profesional, en aplicación del inciso 2º, del artículo 1º, del pluricitado Decreto Reglamentario 1794 de 2000, por lo que se ordenará que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquide la asignación de retiro del accionante.

En lo referente a la nulidad de la **HOJA DE SERVICIOS No. 3-13167718 del 15 de febrero de 2014**, del demandante expedida y aprobada por el Ministerio de Defensa, el Despacho dirá que conforme lo señaló el Consejo de estado en providencia de fecha catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), expediente N° (0467-12), la misma, **no constituye un acto administrativo objeto de nulidad**, teniendo en cuenta que ésta únicamente, es un acto de tramite indispensable para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro conforme al tiempo de servicio y a las prestaciones sociales devengadas en actividad, al respecto en dicha providencia se señaló:

*“El concepto de la hoja de servicios de los miembros de la Fuerza Pública, fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, para señalar que se trata de un acto de trámite, en razón a que es un documento previo e indispensable para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro y las prestaciones sociales que se generen por el mismo. Sin embargo, cuando se niega su expedición o existe inconformidad con el tiempo certificado para efectos prestacionales, tiene la connotación de acto definitivo, al poner fin a la actuación y no permitir continuarla ante la entidad.”*

Con fundamento en lo anterior es claro que en el *sub lite* no procede la declaratoria de nulidad de la referida Hoja de Servicios.

- **De la prima de antigüedad:**

Al respecto, en cuanto al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se advierte que al 70% del salario mensual debe adicionarse el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

En el caso del señor **JANER TELLEZ BONET**, se tiene probado con la documental obrante a folio 173, que la entidad le liquidó la asignación de retiro, sumando el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2014, incrementado en un 40%, aplicando a ese valor el 70%, y a ese porcentaje le aplicó el 38.5% para determinar la prima de antigüedad, subtotal al que sumo el subsidio familiar; razón por la cual se **incumplió la ley y lo ordenado en la Resolución que reconoce la asignación de retiro.**



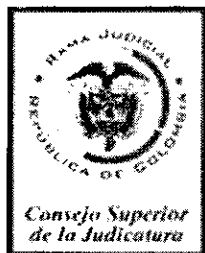
En consecuencia, la demandada efectuó una interpretación errónea del artículo en mención, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse que, es solo del salario básico mensual del cual se obtiene el 70%, valor que debe adicionarse el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad; en ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada, implicaría que al valor reconocido de la prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción: la del porcentaje del 70% que la norma le asigna al salario básico mensual y, posteriormente, la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma, interpretación que va en contravía de la garantía de los derechos del actor, por lo que ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa.

En consecuencia, la demandada efectuó una interpretación errónea del artículo en mención, por lo que ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa; razón por la que respecto de los **Oficios Nros. 8266 del 12 de febrero de 2015 y 14222 del 06 de marzo de 2015**, mediante el cual negó la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en los artículos 16° del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 del demandante, se logró desvirtuar la presunción de legalidad que contienen por regla general todos los actos expedidos por las instituciones gubernamentales.

En conclusión, los referidos oficios, se encuentran viciados de nulidad por cuanto, le asiste razón a la parte demandante, ya que el señor **JANER TELLEZ BONET** tiene derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada, tomando como base de salario, el establecido en el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente y aplicando lo señalado en el Decreto 4433 de 2004, artículo 16 esto es, del salario antes mencionado, deberá aplicarse el 70%, y a este valor que resulte, se le adicionará el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar a favor del actor la diferencia de la asignación mensual que resulte entre lo cancelado y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicando la siguiente fórmula:

**(Salario mínimo adicionado en un 60% x 70%) + (prima de antigüedad \*38.5%).**



• **De la inclusión del subsidio familiar:**

Con relación a la **inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del actor**, encuentra el Despacho que el actor se encuentra casado con la señora YANETH TORCOROMA DUARTE ARCINIEGAS, según se acredita con el registro civil de matrimonio (fl.71) y la HOJA DE SERVICIOS No. 3-13167718 del 15 de febrero de 2014 (fl.32 y 69), con quien tiene tres hijos (menores de edad a la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro), según registros civiles de nacimiento obrantes a folios 72 a 74.

Así mismo se encuentra probado que el demandante en servicio activo percibió el subsidio familiar en un porcentaje del 4%, tal y como se observa en la Hoja de Servicios de fecha 15 de febrero de 2014, obrante a folios 32 y 69 y las certificaciones de nómina de octubre y noviembre de 2003, visibles a folio 175 y 176 del expediente, expedidas por la Dirección de Personal del Ejército.

También se encuentra acreditado con la **Resolución No. 2791 del 25 de marzo de 2014** (fls.12 y 13), y la documental de partidas computables obrante a folio 173 que la asignación de retiro del actor se liquidó únicamente con el salario y la prima de antigüedad 38.5%.

En consecuencia siguiendo los precedentes jurisprudenciales señalados en precedencia y en aplicación al principio de igualdad, resulta procedente la inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación del actor, razón por la cual para el caso bajo estudio se inaplicará **por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, que excluye como partida computable el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Cabe precisar que la Corte Constitucional en sentencia C-122 de 2011, explicó los alcances de la Excepción de Inconstitucionalidad.<sup>28</sup> Así las cosas, de la manera como

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-122 de 2011 Magistrado Ponente el Dr. Juan Carlos Henao Pérez. "...2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."<sup>28</sup>. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto<sup>28</sup> ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución<sup>28</sup>.



la Corte explica dichos alcances, deberá entenderse la parte resolutive de esta providencia, en cuanto a la inaplicación del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

En conclusión el Despacho declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, **Oficios Nros. 8266 del 12 de febrero de 2015 y 14222 del 06 de marzo de 2015**, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y se ordenará el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengó en actividad.

• ***De la excepción de Falta de Legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional:***

La parte vinculada MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL propuso a folios (fls.123 a 128) la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, bajo la cual sustenta que el solo hecho que el aquí demandante haya laborado en dicha entidad, tal circunstancia por sí sola no tiene la connotación suficiente para que se vincule al presente proceso, toda vez que ella no es la competente para reconocer el derecho aquí reclamado y el acto administrativo cuya nulidad se solicita fue expedido por otra entidad.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del **2 de junio de 2016**, radicado bajo el No. 110010315002015-03273-01, Magistrada Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, precisa que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro únicamente se requiere la hoja de servicios expedida por la Nación- Ministerio

*2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto<sup>28</sup>. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.*

*2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.*

*2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto..."*



de Defensa - Ejército Nacional para verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos, tales como, tiempo y edad, y no para determinar las partidas computables, pues es la propia normativa, más las interpretaciones de la Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional las que establecen los parámetros que debe seguir la Caja Pensional para reconocer dicha prestación.

Así mismo, señala que tratándose de soldados retirados la entidad competente para resolver su reclamación pensional es CREMIL. Así se pronunció:

*“Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como lo reconoce el propio Despacho Judicial accionado, es el competente en materia salarial para los uniformados que se encuentran en servicio activo; sin embargo, el actor era un soldado retirado al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto la entidad competente para resolver su reclamación era CREMIL.*

*Para la Sala, no es de recibo exigirle a un exsoldado voluntario convertido a profesional y amparado por el régimen de transición ya referido, que antes de demandar a CREMIL para obtener la reliquidación de su asignación de retiro, tenga que demandar al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional -previo agotamiento del procedimiento administrativo-, con el único argumento de que éste último era el que se encargaba del pago de su asignación básica mensual cuando se encontraba en servicio activo.*

*Dicho argumento claramente desconoce que es la propia Ley la que determina cuál es el monto que se le debe pagar como asignación mensual básica a este tipo de soldados, por lo tanto el hecho de que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, no cancelara debidamente el salario del actor, no impide que CREMIL, como entidad competente para reconocer y pagar su asignación vitalicia, pueda liquidar dicha prestación acorde con lo establecido en el ordenamiento jurídico.*

*A juicio de la Sala, la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley, independientemente de que el Ministerio de Defensa Nacional, por negligencia, capricho o desconocimiento, se haya equivocado en el pago de la asignación básica mensual del actor cuando éste se encontraba en servicio activo.*

*Sobre el particular, es importante aclarar que la liquidación de la asignación de retiro que hace CREMIL –no el reconocimiento-, no depende en lo absoluto de pronunciamiento alguno del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como equivocadamente lo señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia controvertida, pues como ya se dijo, es la propia normativa, más las interpretaciones que la Jurisprudencia Contenciosa y Constitucional han hecho sobre la misma, las que establecen sin ambigüedades los parámetros que debe seguir dicha entidad para realizar el trámite referido.*

*Una cosa es que se necesite revisar la hoja de servicios del uniformado expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, para constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la prestación vitalicia, como lo es tiempo en la Institución o la edad del soldado y otra muy distinta afirmar que se requiere un pronunciamiento previo de dicha entidad para determinar el monto de la asignación de retiro.*



(...)

*Cabe resaltar que uno de los argumentos referidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá para sustentar la presunta falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, es que dicha entidad no tenía la competencia para modificar la asignación básica mensual que el actor devengaba cuando se encontraba en servicio activo; sin embargo, lo que omite el Despacho Judicial accionado es que para reconocer y determinar el monto de la pensión no era necesario realizar modificación alguna al referido salario, simplemente había que aplicar las normas que regulaban la materia y las interpretaciones jurisprudenciales hechas sobre las mismas."*

Ahora, es importante precisar que este Despacho no desconoce la sentencia del 14 de diciembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, radicado No. 150013333014-2015-000115-01, Magistrada Ponente doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en la cual se resolvió declarara NO probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional; no obstante este Despacho se aparta de ella porque allí no se exponen nuevos argumentos para separarse del criterio acogido por el Consejo de Estado en la citada sentencia del **2 de junio de 2016**, en la que se señaló que para la liquidación de la asignación de retiro que hace CREMIL no se requiere de pronunciamiento alguno por parte del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, pues es la propia normativa, más las interpretaciones jurisprudenciales las que establecen las partidas computables.

En consecuencia, atendiendo los parámetros señalados por el Consejo de Estado en la aludida sentencia del **2 de junio de 2016**, el Despacho declarará en el *sub lite* **probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional**, en razón a que no se requiere pronunciamiento alguno por parte de esta entidad cuando se reclama la asignación de retiro diferente a la verificación de los requisitos de carácter objetivos.

- **Excepción de Prescripción:**

En torno a esta materia, **es claro que la prescripción es cuatrienal**, acogiendo la posición pacífica del Consejo de Estado, y lo señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, en concordancia con los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se observa que la asignación de retiro del actor fue reconocida a partir del 15 de abril de 2014, mediante la Resolución No. 2791 del



25 de marzo de 2014, (fls. 12 y 13), y la solicitud de reliquidación y reajuste fue presentada el 03 de febrero de 2015 (fls.14 y ss.) y la demanda fue presentada el 10 de agosto de 2015 (fl.36), cuando ni siquiera se había cumplido los 4 años, desde el reconocimiento de la prestación. En consecuencia, ninguna diferencia pensional se vio afectada por prescripción.

Ahora, como se indicó, al acogernos al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, es claro que la parte accionante tiene derecho al reajuste solicitado, así que las diferencias en el reajuste reconocido tendrán a su vez los reajustes de Ley y el monto de la condena que resulte, se ajustará tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

**$R = R.H \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$** , esto es, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), **que es la correspondiente mesada pensional**, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el Despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL**, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS



DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de la demanda fue de \$17.773.162 según consta a folio 9 vuelto, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y que corresponde a la suma de **SETECIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$710.926,00)**.

#### VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR probada** la excepción de *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, propuestas por la parte vinculada MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional e ilegal el *parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en el **Oficio No. 8266 del 12 de febrero de 2015 y el Oficio No. 14222 del 06 de marzo de 2015**, proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante los cuales SE negó: *i) el reajuste de la asignación de retiro del demandante JANER TELLEZ BONET, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario; ii) la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículos 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y iii) la inclusión como partida computable el subsidio familiar de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho:





- a) **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a **REAJUSTAR Y PAGAR**, la asignación de retiro reconocida al señor **JANER TELLEZ BONET** identificado con C.C.Nº 13.167.718, a partir del **15 de abril de 2014**, teniendo en cuenta como cuantía el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).
- b) **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a **REAJUSTAR Y PAGAR**, la asignación de retiro reconocida al señor **JANER TELLEZ BONET**, a partir del **15 de abril de 2014**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al salario básico señalado como partida computable (smbv + 60%), luego de lo cual, y una vez obtenido el resultado de esta operación, deberá adicionarse el valor completo del 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.
- c) **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a **REAJUSTAR Y PAGAR**, la asignación de retiro reconocida al señor **JANER TELLEZ BONET**, a partir del **15 de abril de 2014**, incluyendo el **subsidio familiar** como partida computable, en el mismo porcentaje en que lo venía percibiendo en actividad al momento de su retiro, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro.

**QUINTO:** Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando la siguiente fórmula:

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

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.



**SEXTO:** Condenar en costas a cargo de la parte demandada CREMIL y a favor del demandante, liquídense por secretaria.

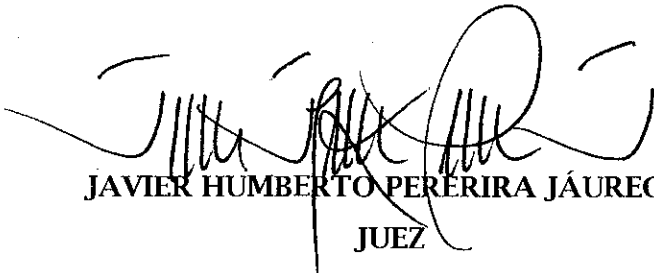
**SEPTIMO: FIJAR** como Agencias en derecho a cargo de la parte demandada CREMIL y a favor del demandante, la suma de **SETECIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$710.926,00)** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**OCTAVO:** En firme esta providencia, por secretaría remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del CPACA.

**NOVENO:** Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMO:** Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,**

  
**JAVIER HUMBERTO PERERERA JÁUREGUI**  
 JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por escrito N.º <u>36</u>	de HOY
<u>24 AGO 2018</u>	siendo las 8:00 A.M.
SECRETARIA	