



**JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**  
**- SECCIÓN SEGUNDA -**  
**JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**

---

**Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.**  
**ACTA No.117 de 2017**

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Proceso:** 110013335-017-2015-00806-00

**Demandante:** WILLIAM JAIMES RODRÍGUEZ

**Demandado:** Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

**Tema:** Reajuste del 20%, factor de prima de antigüedad, subsidio familiar, 1/12 prima de navidad y 4% por cada año que exceda de 20 años, en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En Bogotá D.C., a los dos (2) días del mes de octubre de 2017, siendo las dos y veintiséis minutos de la tarde (**2:26 p.m.**), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **William Jaimes Rodríguez** con radicado 110013335017-2015-00806-00 contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, en adelante **CREMIL**.

**I. PRELIMINARES**

**A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:**

**1. Apoderado del demandante:** ELKIN BELTRAN RIVERA identificado con la cédula de ciudadanía 93297033 de Bogotá y Tarjeta Profesional No 195611 del C.S.J., autoriza notificaciones al correo electrónico: [eikinbernal79@hotmail.com](mailto:eikinbernal79@hotmail.com) y [jimmyrojassuarez6@hotmail.com](mailto:jimmyrojassuarez6@hotmail.com)

El Despacho deja constancia que hasta este momento no se ha hecho presente apoderado de la entidad accionada, quien conforme a lo dispuesto en el inciso 3º, numeral 3, del artículo 180 del C.P.A.C.A. dispone de tres (3) días para justificar su inasistencia. Asimismo, se advierte que la no asistencia del citado apoderado no impide el adelantamiento de la presente diligencia.

También se deja constancia de la inasistencia del Ministerio Público: **ÁLVARO PINILLA GALVIS**, Procurador 87 Judicial Administrativo.

**B. SANEAMIENTO (Min.00.06.36)**

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado; sin embargo, se concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes para que indiquen si evidencian vicio o nulidad en el proceso, de no manifestarse en esta oportunidad se entenderán saneados.

Sin manifestación de las partes, en consecuencia se decide no hacer saneamiento alguno.

### C. EXCEPCIONES (Min. 00-08-15)

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, la entidad demandada propuso las excepciones de i) no configuración de falsa motivación y ii) no configuración de violación al derecho a la igualdad.

El Despacho considera que de acuerdo con la sustentación de las excepciones propuestas, estas no están llamadas a prosperar en tanto que no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucran ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones- perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso decididas.

**La anterior decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio 441 a los sujetos intervinientes. Sin recursos.**

## II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

### A. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (Min. 00-38-56)

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Se declare la existencia y nulidad del oficio del acto administrativo ficto o presunto que se configuró el 06 de agosto de 2015 del cual la accionada negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar y reliquidar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta un 20% adicional en la base salarial, con la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentaje sobre la prima de antigüedad conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y reconocer el subsidio familiar en un 70%.
3. Por vía de excepción de inconstitucionalidad tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos en el último año fiscal de retiro en la asignación de retiro del demandante.
4. Por vía de excepción de inconstitucionalidad tener en cuenta un 4% por cada año que exceda los 20 años de servicio, en la asignación de retiro del demandante.
5. Que se condene a CREMIL al pago de intereses moratorios causados y la indexación de todos los valores conforme al IPC.
6. Que se condene a CREMIL al pago de agencias en derecho, costas procesales y honorarios de abogado.

### B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que las Fuerzas Militares han hecho parte de un régimen especial y señaló que a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificando sustancialmente lo establecido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Indicó que el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 ordenó el reconocimiento del subsidio familiar y señaló que dicha disposición fue plenamente cumplida por parte de la Caja tal y como se puede evidenciar en la resolución de reconocimiento del subsidio familiar.

Frente al reajuste del 60% solicitado enunció que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 remitió al inciso 1º del Decreto 1794 de 2000 que se refiere solamente del 40%. Respecto a la liquidación de la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló que este es suficientemente claro al establecer que se debe reconocer el 70% del salario incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, tal y como lo ha estado aplicando la entidad.

Finalmente en cuanto a la doceava parte de la prima de navidad y el 4% por cada año que exceda de los 20 años de servicio reiteró el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y señaló que allí se consagró en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes a tener en cuenta para efecto del reconocimiento de la asignación de retiro (cfr. 50 vto. a 52).

### C. PROBLEMA JURÍDICO (Min.00.42.18)

El cargo de nulidad propuesto contra el acto administrativo demandado es la violación de norma superior, el cual se configura en la medida en que se ha negado el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro tomando como base la asignación establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000, esto es el salario mínimo incrementado en un 60% aplicable al demandante por ser soldado profesional que a 31 de diciembre de 2001 ostentaba la condición de soldados voluntario y, el 38.5 de la prima de antigüedad como partida computable conforme con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, el 70% del subsidio familiar percibido en actividad, la doceava parte de la prima de navidad y se reajuste en un 4% por cada año que exceda de los veinte años de servicio no obstante darse los presupuestos fácticos para su procedencia.

**Fijado el litigio en el presente asunto se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo. Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto interlocutorio. 442, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.**

### III. CONCILIACIÓN (Min.00.43.10)

El Despacho de conformidad con la inasistencia de la entidad accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación mediante auto interlocutorio 443.

### IV. MEDIDAS CAUTELARES (Min.00.43.27)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal mediante auto interlocutorio 444.

### V. DECRETO DE PRUEBAS (Min.00.43.43)

En este estado de la diligencia y teniendo en cuenta que con la demanda y con la contestación fueron aportados los medios de prueba necesarios para resolver el litigio, se incorporan legalmente al proceso con el valor probatorio que les otorga la Ley.

De otra parte, y habida cuenta que no es necesario el decreto de pruebas adicionales a las obrantes dentro del proceso, aportadas por la parte actora y por la entidad demandada a folio 30 en medio magnético y 62 a 87, conforme lo establece el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho **prescinde de la audiencia de pruebas** y procede a dictar sentencia

Las partes quedan notificadas en estrados mediante auto interlocutorio 445., se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

#### VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (Min. 44.13)

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, así:

- A. PARTE DEMANDANTE:** Se ratifica en los hechos pretensiones de la demanda presenta sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia.

#### VII. SENTENCIA No. 43 (Min. 01.29.56)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

##### A. RESUMEN DE LA DEMANDA

Los hechos, pretensiones, contestación y problema jurídico son como quedaron fijados en esta diligencia, en cuanto a las **normas violadas** se citaron, entre otras, la Constitución Política en los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 53, 93 y 150, Ley 4ª de 1992, Ley 1437 de 2011 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, Ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004 y Decreto 116 de 2004, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, art. 2, 14 y 18; la convención americana de los derechos humanos artículos 8.1 y el convenio internacional del trabajo No. 111

##### B. CONSIDERACIONES

##### 1. Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares (Min. 0054.38)

Los artículos 4<sup>o1</sup> y 5<sup>o2</sup> de la Ley 131 de 1985 fijaron la remuneración de quienes prestan el servicio militar voluntario, normatividad que estableció que los citados oficiales tenían derecho a una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, con los topes allí establecidos.

Con la Ley 578 de 2000, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. En ejercicio de dicha potestad, el 14 de septiembre de 2000 se expidió el Decreto 1793 de 2000 por el cual se reguló el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Dicho estatuto permitió que los soldados voluntarios que se hubieran vinculado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pudiesen ser incorporados como soldados

<sup>1</sup>Ley 313 de 1985, "ARTÍCULO 4o. 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".

<sup>2</sup>Ibidem "ARTÍCULO 5o. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación

profesionales a partir el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certificara cada fuerza expresada en número de meses, advirtiendo en su artículo 5º que “[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.**”

En relación con el régimen salarial y prestacional de este personal, el artículo 38 del citado Decreto señaló:

*“ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. 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.”*

Es así como se expidió el Decreto 1794 de 2000 “[p]or el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyos artículos 1º y 2º se dispuso:

*“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%). (...)*

*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.** (Negrilla del despacho).*

*ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).*

*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.** (Negrilla del Despacho).*

La interpretación de los citados artículos, 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000, es la que suscita la presente controversia. Sin embargo, ante la disparidad de criterios existentes en la

jurisprudencia nacional, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016<sup>3</sup> zanjó la discusión al unificar el criterio existente en la materia.

En esta oportunidad la Corporación analizó el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y 1º y 2º del Decreto 1794 de 2000 e indicó que las citadas disposiciones distinguen dos grupos de soldados profesionales, i) quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, los cuales tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y ii) quienes venían como soldados voluntarios, los que devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

Así, la Corporación interpretó con criterio unificador que:

*“(...) el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>4</sup> en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>5</sup> cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.*

*De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,<sup>6</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.”*

Y más adelante precisó:

*“(...) la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>7</sup> derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992<sup>8</sup> y el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>9</sup> consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, **tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%**, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01, No. Interno: 3420-2015.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (78).

<sup>5</sup> Nota interna de la sentencia (79) “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*. Nota Interna de la Sentencia (81) “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”.

<sup>8</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (82) “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

<sup>9</sup> *Ibidem*. Nota interna de la sentencia (83) “Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de

*Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793<sup>10</sup> y 1794<sup>11</sup> de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%."*

Conforme con lo anterior, concluyó la Corporación que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, tesis que el Despacho acoge en su integridad.

## **2. De la liquidación de la asignación de retiro con el factor de prima de antigüedad para los soldados profesionales (Min. 00.57.13)**

El legislador a través de la Ley 923 de 2004<sup>12</sup> asignó competencia al Gobierno Nacional para regular el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, es así como se reglamenta la mencionada ley y se expide el **Decreto 4433 de 2004<sup>13</sup>**, "por medio de la cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública".

En el artículo 16<sup>14</sup> del Decreto 4433 de 2004 se indicó la forma como se debe proceder para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, señalando que aquellos que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

La norma así sancionada es confusa respecto de lo que realmente quiso el legislador al determinar el porcentaje de la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo que dio lugar a varias interpretaciones, razón por la cual se hace necesario remitirse a la norma constitucional, especialmente al artículo 53 de la Constitución Política, el cual establece los principios mínimos fundamentales sobre los cuales deben fundamentarse las relaciones laborales.

<sup>10</sup> Nota interna de la sentencia (84)

<sup>11</sup> Nota interna de la sentencia (85) "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares".

<sup>12</sup> **"ARTÍCULO 1o. ALCANCE.** El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.(...)// **ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:// (...)// 3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

<sup>13</sup> Vigente a partir de su publicación, la que tuvo lugar en el Diario Oficial No. 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

<sup>14</sup> **"ARTÍCULO 16 ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (03) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., adicionado con un treinta y

Así, el artículo 53 consagra, entre otras, la garantía de aplicar al trabajador la situación que le sea más favorable cuando exista duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho<sup>15</sup>.

Entonces, de conformidad con el principio de favorabilidad, este Despacho, optará por la interpretación que sea más beneficiosa para el trabajador en el caso que nos ocupa, así se tendrá como correcta la interpretación dada por el demandante, esto es, que la asignación de retiro se debe liquidar teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico más un 38,5% de la prima de antigüedad.

Refuerza lo expuesto, el criterio de la Corte Constitucional conforme al cual es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, rechazando los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos<sup>16</sup>.

### 3. El subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales (Min. 01.35.14) (Min. 01.15.50)

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares, determinó que los soldados profesionales, casados o con unión marital de hecho vigente, tendrían derecho al reconocimiento del subsidio familiar mensual equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad<sup>17</sup>.

Posteriormente, el Presidente de la República en desarrollo de la ley 4ª de 1992 expidió el Decreto 3770 de 2009, por el cual derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000<sup>18</sup>.

Es decir, que mediante la expedición del Decreto 3770 de 2009, el Gobierno Nacional eliminó el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales. Sin embargo, la misma norma contempló un régimen de transición para que, quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto, esto es 30 de septiembre de 2009, se encontraban percibiendo dicha prestación, continuaran devengándola hasta su retiro del servicio.

<sup>15</sup> En sentencia T-599 de 2011 proferida el 14 de julio de 2011, la Corte Constitucional señaló que: <<El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. Cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto>>.

<sup>16</sup> Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004, en la que se reiteró el criterio expuesto, entre otros fallos, en el T-001 de 1999 y el SU-1185 de 2001. Señaló la Corte Constitucional que <<(…) el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos (…)>>.

<sup>17</sup> Decreto 1794 de 2000 "Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.// Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

<sup>18</sup> *Ibidem* "Artículo 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 (...) PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.// PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico

Ahora bien, en relación con las partidas básicas computables determinadas para la liquidación de la asignación de retiro, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>19</sup> señaló que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serían computables para la liquidación de asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, es decir, corroboró que para efectos de liquidar este tipo de prestaciones se tendrían en cuenta únicamente las partidas señaladas, con lo cual no quedó duda que el legislador excluyó dicha partida de los factores para liquidar la asignación de retiro.

Así las cosas, es evidente que la citada disposición estableció un trato diferencial para el personal de soldados profesionales, sin justificación razonable alguna, en contravía de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 923 de 2004, que señaló al Gobierno Nacional los objetivos y criterios a tener en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, incluyendo entre ellos la igualdad, el respeto por los derechos adquiridos y la no discriminación por razón de categoría o jerarquía.

No obstante, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1162 de 2014<sup>20</sup>, mediante el cual se incorporó la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a partir del 1º de julio de 2014, pero solamente en un porcentaje del 30% del valor devengado por este concepto en actividad<sup>21</sup>.

#### **De la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014**

Siguiendo los precedentes jurisprudenciales sentados por la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, se accederá a las pretensiones de la demanda, pues la exclusión de dicho subsidio para los soldados profesionales es una medida no idónea, pues, si el mencionado subsidio fue creado con la finalidad de ayudar al trabajador al sostenimiento de personas que se encuentran a su cargo no es válido para el objeto perseguido (razón suficiente del trato desigual) que se incorpore como partida para los oficiales y suboficiales y no para los soldados profesionales quienes se encuentran en un rango más bajo, reciben menores ingresos y por lo mismo necesitan con mayor razón dicho subsidio, significando ello que en el caso como el presente se deba inaplicar por inconstitucional las disposiciones que excluyen el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

<sup>19</sup> Decreto 3770 de 2009 "**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 primero del artículo del Decreto-ley 1794 de 2000. // 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 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 (...)"

<sup>20</sup> "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares".

<sup>21</sup> Decreto 1162 de 2014, "ART. 1º—A partir de julio de 2014, para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor

De conformidad con el artículo 13 y 16 del decreto 4433 de 2004 se puede colegir 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, más no en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, como el demandante; no obstante lo anterior, se hace menester resaltar que, por vía jurisprudencial Nuestro Órgano de Cierre ha dicho que esto constituye un trato diferenciado que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad.

En este sentido, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013<sup>22</sup> en relación con la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, por aplicación del principio de igualdad. Sobre el particular, dicha Corporación estableció:

***“El derecho a la igualdad***

*Con base en lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones del accionante, encaminadas a obtener la liquidación de la asignación de retiro, incluyéndole el subsidio familiar del 4% que devengó durante el servicio activo. Sin embargo, el actor considera que tal decisión vulnera su derecho fundamental a la igualdad.*

*Nuestro ordenamiento Constitucional, cimentado en los postulados del Estado Social de Derecho, establece la garantía de la igualdad, tanto formal como material, en todos los ámbitos de la vida social:*

***“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.***

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*

<sup>22</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección “B”. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Exp. AC-11001-03-15-000-201301821-00 Actor: José Narcís López Bermúdez. Asesinado. T. 1.

*Esta disposición Constitucional establece el derecho a la igualdad ante la ley (igualdad formal) y, a título enunciativo, contempla unos criterios que pueden generar desigualdades injustificadas (sexo, raza, origen, etc.), e impone al Estado la obligación de proteger a las personas que pueden ser objeto de discriminaciones por razón de su condición económica, física o mental (igualdad material). Así pues, en tratándose de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta es una obligación del Estado brindar un trato diferencial y positivo, y en consecuencia, el trato desigual no solo es válido sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.*

*En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de “un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.”*

*Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-1577 de 2000, advirtió lo siguiente:*

*“Dos consecuencias se desprenden con claridad de esta enunciación del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo*

*En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un ‘test de razonabilidad’.”*

*Recientemente, en relación con la aplicación del test, en la sentencia T-141 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, el Alto Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:*

*"(...) La aplicación de dicho test ha llevado a la Corte a identificar explícitamente cuáles son los puntos más importantes que estudia para examinar los casos en los que un trato diferente vulnera el principio de igualdad. Sin embargo, "[p]odría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad."*

*7. De acuerdo con las consideraciones precedentes, es posible afirmar que formalmente todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, **las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.***

*Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad. (...)."*

**Con base en lo expuesto, 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 en 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 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.”** (Negritillas y subrayas del Despacho).

De igual forma, el H. Consejo de Estado, en providencia del 11 de diciembre de 2014<sup>23</sup>, respecto de la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por violación al principio de igualdad, señaló lo siguiente:

**“Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales, la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la Sala, concluyó que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada.**

(...)

*Obsérvese que las razones que tuvo el operador jurídico demandado para negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro y para no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que no existe violación del derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, son idénticas a las que dieron lugar a conceder el amparo en el asunto resuelto por la Sección Segunda, cuyas consideraciones prohija esta Sala en el caso concreto, para concluir que el Tribunal demandado debe proferir un nuevo fallo en el cual inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, como medida de protección del citado derecho fundamental". (Negrillas y subrayas por fuera del texto).*

En tal sentido, resulta procedente la aplicación de lo estipulado en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política Nacional, que señala que "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados", así como lo consagrado en el artículo 53 Ibídem, que dispone que, en materia laboral, el Congreso de la República debe legislar con observancia de los principios mínimos fundamentales, como el de igualdad de oportunidades para los trabajadores.

Conforme lo expuesto, se inaplicará por inconstitucional la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales con el fin de equiparar el tratamiento entre los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CRMIL la reliquidación de la asignación de retiro del demandante

**Prima de navidad y 4% que exceda 20 años de servicio (Min. 01.39.13)**

Sin embargo, la anterior conclusión no puede extenderse a la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, pensión de invalidez o sobrevivencia en los cargos de soldado profesional, en tanto ésta no goza de la misma naturaleza del subsidio familiar y de acuerdo con las funciones y responsabilidades existentes al interior de la Fuerza Pública justifica también las diferencias en los regímenes de remuneración y pensión.

Igual sucede con el 4% adicional por cada año que exceda los 20 años de servicio como pretende el demandante, toda vez que la forma de liquidar la asignación de retiro para los soldados profesionales cuenta con una regulación especial, sin que les sea aplicable el régimen de los oficiales y suboficiales del ejército nacional.

Conforme con lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia **C-057 de 2010**<sup>24</sup>, es claro que no todo trato diferenciado constituye una discriminación, así como tampoco

<sup>24</sup> "Es reiterada y abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de precisar que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y

no toda diferencia remuneratoria vulnera principios constitucionales, en tanto si la diferencia obedece a la distinta cantidad o calidad del trabajo, a las condiciones en que uno y otro labora, o a la calificación o situaciones personales diversas, dicho trato diferencial resulta justificado, señalándose por la Corte Constitucional que la diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades existente al interior de la fuerza pública justifica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascenso, retiros, remuneración y pensiones.

Por tanto, el Gobierno Nacional podía fijar unos beneficios a favor de los Oficiales, Suboficiales, los cuales no estaba obligado a extender a los soldados profesionales, en virtud al diferente nivel y categoría que existe entre unos y otros, así como el diferente Régimen Prestacional aplicable.

En consecuencia, respecto de este tema en concreto no procede la inaplicación del mencionado párrafo.

#### 4. Caso concreto (Min. 01.41.08)

##### a. Situación particular del peticionario

Se encuentra probado que el SP (r) William Jaimes Rodríguez prestó sus servicios a las Fuerzas Militares - Ejército Nacional, primero como **soldado voluntario** del 01 de enero de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003 y, finalmente, como **soldado profesional** del 1º de noviembre de 2003 hasta el 28 de febrero de 2012, cuando se dio su retiro definitivo del servicio (f. 79).

Estima el Despacho que el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que se encontraba vinculado como soldado voluntario, regido por la Ley 131 de 1985, desde el 1º de enero de 1993 y que se incorporó como soldado profesional a partir del **1º de noviembre de 2003**, por lo que tenía derecho, por expreso mandato legal, a devengar una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, siendo esta la partida computable como salario mensual en la asignación de retiro reconocida al actor.

Lo anterior no entra en contradicción con lo previsto en el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 en mención y artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, en la medida en que es el

---

*el particular, abordando distintos tipos de cuestiones, que "se considera que un trato diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de tal objetivo. Pero si dicho trato diferente no está justificado, tal actuación contraviene el ordenamiento superior.", y que "no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación; si la diferencia en cuanto a la remuneración obedece a distinta cantidad de trabajo, a las condiciones en que uno y otro grupo labora, o a calificaciones y situaciones personales diversas, la diferencia salarial no puede calificarse como discriminatoria, pues tiene como base una o más diferencias objetivas y relevantes entre los miembros de uno y otro de los grupos de trabajadores comparados" También ha dicho que "Es conveniente anotar que no toda diferencia de trato conduce inevitablemente a la vulneración del derecho a la igualdad, haciéndose indispensable entonces, distinguir en cada caso concreto, sujeto a la consideración de los jueces de tutela, entre las diferencias que se hallan razonables y objetivamente fundadas y la discriminación que carezca de la aludida justificación, la cual se traduce en una conducta arbitraria e injusta que contradice la dignidad humana y obviamente la igualdad" y que "El trato diferenciado en dos situaciones de hecho distintas se justifica. La doctrina y la jurisprudencia, han planteado que un trato diferenciado no constituye una discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada." (Negrilla del fuera de texto)*

mismo Decreto 1794 de 2000 en su inciso segundo artículo 1, expresamente señaló que el grupo de oficiales en la situación fáctica de los aquí demandantes, devengarían “un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%”.

Por su parte, en torno a la forma como fue liquidada la asignación de retiro del SP (r) WILLIAM JAIMES RODRÍGUEZ, precisó la entidad demandada, en certificación obrante a folio 6 la forma como se procedió a su liquidación, así:

|   |                  |
|---|------------------|
| <b>Salario básico:</b>                  | \$793.380.00     |
| <b>Prima de antigüedad 38.5%:</b>       | \$305.451.30     |
| <b>Subtotal:</b>                        | \$1.098.831.30   |
| <b>Porcentaje de liquidación 70%:</b>   |                  |
| <b>Total de la asignación de retiro</b> | <b>\$769.182</b> |

De esta manera, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de liquidar la asignación de retiro de los demandantes, realizó una operación matemática consistente en sumar el sueldo básico del actor con el 38,5% de la prima de antigüedad; resultado al que le aplicó el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%.

No obstante, conforme con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la interpretación más favorable, la entidad debió tomar el sueldo básico que devengaba el demandante al momento del retiro del servicio, y aplicarle el 70%, y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, para efectos de liquidar su asignación de retiro.

Con respecto a la inclusión del **subsidio familiar** como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del aquí demandante, considera el Despacho que es procedente su reconocimiento, inaplicando por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, teniendo en cuenta la reseña jurisprudencial expuesta, subsidio devengado en actividad al momento del retiro. No ocurriendo lo mismo respecto de la inclusión de la **doceava parte de la prima de navidad**, ni del **4% por cada año que exceda los 20 años**, por las razones ya explicadas.

Así, se concluye que, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, el acto demandado se encuentra parcialmente afectados de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar sobre los aspectos ya indicados, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta: (i) que la asignación básica será el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60%, (ii) a este sueldo básico se le sumará el subsidio familiar devengado al momento del retiro como partida computable y de ahí, sacará el monto del 70% señalado en el artículo 13 del decreto 4433 finalmente, a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, como quedó establecido en la presente providencia.

#### **b. Prescripción de mesadas**

Ahora bien, en lo relativo a la efectividad de dicho reajuste y en lo concerniente a la prescripción cuatrienal, consagrada en el artículo 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y

1211 de 1990, respectivamente<sup>25</sup>, teniendo en cuenta que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro al actor mediante **Resolución 2511 del 03 de mayo de 2012** efectiva a partir del **28 de mayo de 2012** y que este elevó petición de reajuste el **5 de mayo de 2015**, no operó el fenómeno prescriptivo en estudio.

**En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de las diferencias en la asignación de retiro, conforme con los reajustes decretados, a partir del 28 de mayo de 2012 y así se dirá en la parte resolutive.**

**c. Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero**

Las sumas que resulten del reajuste deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por los demandantes desde la fecha de causación del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

**D. COSTAS**

**Costas y Agencias en derecho** El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia conforme con el artículo 365 del Código General del Proceso.

**Advierte el Despacho que las normas citadas, la jurisprudencia anunciada, la fórmula referida, y el desarrollo del tema en extenso quedan consignados en el acta de esta diligencia.**

**VIII. DECISIÓN**

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR** la existencia y la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que se configuró el 06 de agosto de 2015, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negó el reajuste de la asignación de retiro del señor SP (r) **WILLIAM JAIMES RODRÍGUEZ**, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO.- INAPLICAR POR INCONSTITUCIONALES**, para el caso en concreto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 **respecto del subsidio familiar** y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES **reajustar** la asignación de retiro del SP (r) WILLIAM JAIMES RODRÍGUEZ y **PAGAR** a partir del día **28 de mayo de 2012** a favor del demandante las diferencias que resulten y hasta que se incluya en nómina el nuevo valor de la asignación de retiro conforme al reajuste decretado, teniendo en cuenta lo siguiente: **(i)** la asignación básica será el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60%, computando como factor salarial el porcentaje devengado en actividad por concepto de subsidio familiar al momento del retiro **(ii)** una vez efectuado lo anterior, aplicará el 70% y a este resultado se le sumará el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, y **(iii)**; sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE y de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.).

**CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.- ORDENAR** el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**SEXTO.- SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

**SÉPTIMO.-** Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante, el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

**OCTAVO. –** Las decisiones adoptadas en la presente audiencia, incluida la sentencia proferida quedan **notificadas en ESTRADOS**, tanto a los comparecientes como a los no comparecientes, conforme se dispone en el **artículo 202 del C.P.A.C.A.**

**La Juez** indaga a las partes intervinientes si contra la sentencia interponen recurso de apelación.

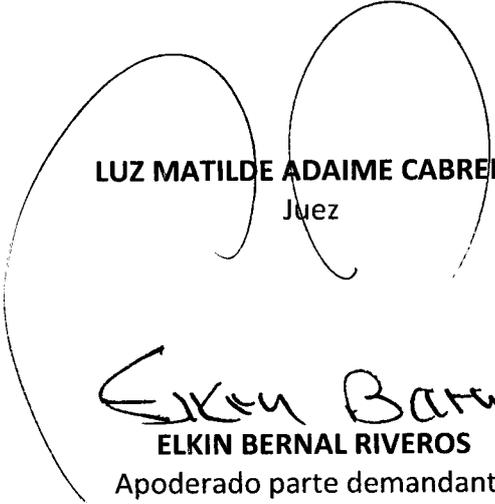
**El apoderado de la parte demandante:** Manifiesta **recurso parcial que sustentara dentro del término.**

No siendo más el objeto de la presente diligencia se da por terminada siendo las cuatro y quince minutos de la tarde (4:15 p.m.), se firma por los que en ella intervinieron

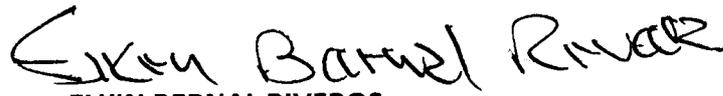
JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ

Actor: William Jaimes Rodríguez

EXP. 2015-00806



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez



**ELKIN BERNAL RIVEROS**  
Apoderado parte demandante



**YUDI ALEXANDRA RÁEZ CARRILLO**  
Oficial Mayor

Acto de fecho en Bogotá, D.C., a los 15 días del mes de mayo del 2015.

Yo, Luz Matilde Adaime Cabrera, Juez del Juzgado 17 Administrativo Oral de Bogotá, D.C., en presencia de los señores Elkin Bernal Riveros, Apoderado parte demandante,

Yudi Alexandra Ráez Carrillo, Oficial Mayor del Juzgado 17 Administrativo Oral de Bogotá, D.C.,

