



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN  
Jueza, CATALINA DÍAZ VARGAS

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

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

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00124-00  
Demandante: JOSÉ EDUARDO PEÑA  
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL

Tema: Subsidio familiar  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2 y 4, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

1. Parte demandante: Abogado ÁLVARO RUEDA CELIS identificado con C.C. N° 79.110.245 y T. P. N° 170.560 del C. S. de la J., quien funge como apoderado de la parte demandante y se encuentra reconocido como tal a folio 44 vuelto del plenario.

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

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

Esta decisión queda notificada en estrado. Sin recurso.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a los apoderados de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

El apoderado de la parte demandante no encontró vicios en el procedimiento.

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

El Ministerio Público. No encontró vicios que invaliden lo actuado.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encontró vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Procedió el Despacho a resolver las excepciones propuestas por CREMIL, verificando previamente que de ellas se haya dado traslado conforme al artículo 175 parágrafo 2 de la ley 1437 de 2011 como en efecto ocurrió (fl.83). El apoderado de la parte demandante no se pronunció al respecto.

Excepciones propuestas por CREMIL: 1) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; 2) Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, 3) No configuración de violación al derecho a la igualdad, 4) No configuración de causal de nulidad, 5) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y 6) prescripción,(Fls. 78-81).

Resolución de las excepciones.

En cuanto a las excepciones enunciadas observa el Despacho que no constituyen verdaderas excepciones sino argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado, razón por la cual se desatarán con la decisión de fondo a que haya lugar.

La excepción de prescripción se resolverá en la sentencia cuando se determine si el demandante tiene o no derecho a lo pretendido.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### 4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Artículo 180-7 Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

##### *Hechos en que están de acuerdo las partes:*

Los hechos en los que están de acuerdo las partes se encuentran demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y no fueron tachados de falsos:

1. Al señor JOSÉ EDUARDO PEÑA RODRÍGUEZ, Soldado Profesional ®, le fue reconocida asignación de retiro desde el 30 de noviembre de 2006, mediante Resolución N° 3615 del 7 de noviembre de 2006 expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4919 de 2011 y Decreto 4433 de 2004), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad), (fls.10-13).
2. El 23 de enero de 2017, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 79110245 en la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL en la que solicitó incluir la partida de subsidio familiar dentro de la asignación de retiro en un porcentaje del 62.5% de la asignación básica como Soldado Profesional, de conformidad con lo establecido en la Ley 923 de 2004, artículo 5° del Decreto 4433 de 2004 y artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. (Fls. 3-5)
3. El Jefe Oficina Asesora Jurídica resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante Oficio No. 2017-2788 del 31 de enero de 2017,-acto acusado- por considerar que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se

encuentra dispuesta en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y entre las partidas computables no se encuentra el subsidio familiar (fls. 6-7).

4. De la hoja de servicios N° 3-0000784336 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 22 de septiembre de 2006 que reposa a folio 8 del expediente se observa que el demandante JOSÉ EDUARDO PEÑA, ingresó como soldado regular el 6 de septiembre de 1985 al 30 de junio de 1987; paso a soldado voluntario el 1° de julio de 1987 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1° de noviembre de 2003 al 30 de agosto de 2006; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 31 de agosto de 2006 hasta el 31 de agosto de 2006 para un tiempo total de servicios de 21 años y 16 días, (fls. 8-9).
5. Con la citada Hoja de Servicios, se acredita que el accionante en la nómina del mes de agosto de 2006 devengó: sueldo básico, subsidio familiar en un 4%, prima de antigüedad soldado y seguro de vida (fotocopia reposa a folio 8-9 del expediente).
6. De la Resolución N° 3615 del 7 de noviembre de 2006, a través de la cual CREMIL le reconoció la asignación de retiro al accionante en su calidad de soldado profesional ®, se extrae que al momento del reconocimiento de la asignación de retiro el accionante se encontraba casado con la señora ERMILDA VANEGAS BUSTOS y acreditó tener una hija (fls. 10-11).
7. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas al expediente.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que está de acuerdo con las pruebas y lo expuesto por el Juzgado.

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

El Ministerio Público. Se encuentra de acuerdo con lo expuesto por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### *Fijación del litigio*

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en establecer si el señor JOSÉ EDUARDO PEÑA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada incluyendo el subsidio familiar en la misma proporción que percibía cuando se encontraba activo, pese a que el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 no incluyó el mencionado subsidio como partida para liquidar la pensión de los soldados.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Los apoderados de las partes manifiestan que están de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado.

Esta decisión queda notificada en estrados.

Se le pregunta a la apoderada de la entidad demandada si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

La apoderada de la entidad: No tiene fórmula de arreglo frente a este proceso. En vista que no existe ánimo conciliatorio de la entidad demanda, se declara fallido el intento de conciliación y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### 6. Pruebas – Artículo 181 Ley 1437 de 2011

Pruebas solicitadas por la parte demandante (fl.38): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas en la demanda y se encuentran incorporadas al expediente, se observa que la parte demandante no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

Pruebas solicitadas por la entidad demandada (fl.81): con el valor probatorio que corresponde otorgarle se tiene como pruebas las aportadas con la contestación de la demanda y se encuentran incorporadas al expediente; además no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

El Despacho considera que no es necesario decretar más pruebas de oficio, pues las obran en el expediente, son suficientes para proferir sentencia de fondo.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

#### 7. Alegatos de Conclusión – Inciso final, Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y como se enunció no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Despacho procede a escuchar a la parte demandante en alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de la parte demandante: Se ratifica en lo consignado en el escrito de demanda. Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

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

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

#### 8. Sentencia – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de las partes y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente:

“SENTENCIA N° 090 de 2018”

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

#### 1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ EDUARDO PEÑA, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Oficio N° 2017-2788 del 31 de enero de 2017 mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL le negó el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL a que le reajuste la asignación de retiro teniendo en cuenta el subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es 62.5%, a partir del 7 de noviembre de 2006, fecha de efectividad fiscal de la asignación de retiro; que se ordene el pago de la indexación sobre los valores adeudados; el pago de los intereses moratorios de las sumas a pagar a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia; que se ordene a la Entidad demandada el pago de costas procesales (fl. 16-17).

Se plantean en la sentencia los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las partes.

#### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Sostiene que la Caja demandada liquida las asignaciones de retiro, incluyendo la partida de subsidio familiar para Oficiales, Suboficiales, Agentes de Policía y personal civil que trabaja en el Ministerio de Defensa y no lo hace para los Soldados Profesionales, que al igual que los anteriores tenía reconocida esta prestación al momento de su retiro.

Argumenta que el tratamiento que la Caja viene realizando en la liquidación de la asignación de retiro lo sustenta en la aplicación de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, que rigen las disposiciones pensionales para los integrantes de la Fuerza Pública, desconociendo que si en la aplicación de las normas viola los derechos fundamentales.

Considera el apoderado que el Decreto mediante el cual se fijan las partidas que deben computar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales van en contravía del principio constitucional de igualdad por cuanto conlleva tratamiento discriminatorio, porque el subsidio familiar es una prestación que en actividad ganan todos los miembros de la Fuerza Pública. (Fls. 18-34)

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

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 77-81 del expediente. Se opone a las pretensiones porque considera que el demandante adquirió su estatus de pensionado en vigencia del Decreto 4433 de 2004, en el que se establecen las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, dentro de las cuales no se encuentra

el subsidio familiar para el personal de soldados profesionales, razón por la cual no incluyó como partida computable dicho emolumento en la pensión del accionante.

#### Problema jurídico:

Acordado lo anterior, el problema jurídico se concreta en establecer si el señor JOSÉ EDUARDO PEÑA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada incluyendo el subsidio familiar en la misma proporción que percibía cuando se encontraba activo, pese a que el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 no incluyó el mencionado subsidio como partida para liquidar la pensión de los soldados.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las alegaciones expuestas en la presente audiencia.

#### NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

##### *De la reliquidación del subsidio familiar reconocido en la asignación de retiro*

Respecto de las partidas computables para reconocer la pensión de retiro de los Oficiales y Suboficiales, en el numeral 13.1, del artículo 13 del Decreto 4433 de 2003, señaló que la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia para el personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares, se liquidarán con las partidas que allí se enuncian, entre otras partidas, “13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”.

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

*“... 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto- Ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto. **Parágrafo:** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”*

El Consejo de Estado<sup>1</sup> al decidir una acción de tutela frente al subsidio familiar de los Soldados Profesionales, sostuvo que el trato diferenciado que establece el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales pero excluirlo para los Soldados Profesionales, no se encuentra justificado a la luz de la Carta Política y a los postulados del Estado Social de Derecho, pues dicho decreto dejó por fuera de percibir tal beneficio *a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a*

<sup>1</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección “B” – C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación AC 11001-03-15-000-2013-01821-00 del 17 de octubre de 2013.

*“(…) En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.*

*Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*

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

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

*quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales, razón por la cual consideró que dicha norma resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad.*

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

Concretamente el Decreto 1794 de 2000<sup>2</sup>, en su artículo 11<sup>3</sup> estableció a favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Sin embargo, dicha preceptiva nada dijo acerca de su inclusión en la asignación mensual de retiro del personal que devengara tal emolumento.

Más adelante, el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4<sup>a</sup> de 1992 expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009<sup>4</sup>, aclarando que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que a la fecha venían percibiendo el subsidio familiar, lo continuarían percibiendo hasta el retiro del servicio en un porcentaje del “4% Salario Básico Mensual + 100 Prima de Antigüedad Mensual”<sup>5</sup>.

El Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4<sup>a</sup> de 1992 expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009<sup>6</sup> “Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”. Posteriormente, el Presidente de la República, con base en las atribuciones establecidas en la ley 4 de 1992 y 923 de 2004, expidió los Decretos 1161 del 24 de junio de 2014 y 1162 del 24 de junio de 2014, a través de los cuales reguló el subsidio familiar para los Soldados Profesionales

<sup>2</sup> “Por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares”

<sup>3</sup> “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>4</sup> “Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

<sup>5</sup> “ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

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

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

<sup>6</sup> “ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

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

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

en servicio activo y retirados, respectivamente y ordenó tenerla en cuenta como partida computable para liquidar las pensiones de los soldados.

En cuanto a la forma de calcular la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004<sup>7</sup>, establece que la misma debe corresponder al setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 de dicho decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio, tal como sucede en el presente caso.

#### Caso concreto

Conforme se evidencia de las pruebas aportadas al expediente, al actor le fue reconocida asignación de retiro, a través de la Resolución N° 3615 del 7 de noviembre de 2006 (fls. 10-12), con base en el Decreto 4433 de 2004, en un porcentaje correspondiente al 70% del salario básico y de la prima de antigüedad partidas computables para los soldados profesionales previstas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, resulta procedente inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad, al no incluir como partida computable en las pensiones de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, pese a que si la incluye para los Oficiales y Suboficiales.

El legislador para eliminar la injusticia existente entre las partidas computables para las pensiones de los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, expidió el Decreto 1162 de 2014, a través del cual reconoció el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales que devengaban tal prestación social en servicio activo, sin embargo, tal Decreto no puede ser aplicado en el presente caso, pues al demandante le fue reconocida la pensión a partir del 30 de noviembre de 2006 (fl.11) y el citado Decreto entro en vigencia el 25 de junio de 2014, es decir no se puede aplicar de manera retroactiva.

En consecuencia se debe incluir el subsidio familiar para liquidar la pensión de invalidez al actor, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de retiro, y de acuerdo con el artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004 que contempla la partida de subsidio familiar para otros miembros de la fuerza pública para y que es la norma aplicable para la pensión del actor por analogía, dada la fecha de efectividad de la pensión.

---

<sup>7</sup> Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

El demandante al retiro del servicio devengaba el subsidio familiar por \$36.214, como se verifica en la Hoja de Servicios visible a folio 8 del expediente, en consecuencia, la entidad demandada deberá incluir como partida computable en la pensión de invalidez del accionante el subsidio familiar por \$25.349, que corresponde al 70% del subsidio familiar devengado en actividad ( $\$36.214 \times 70\% = \$25.349$ ), el cual debe ser sumado a la pensión reconocida al actor desde el año 2013, con la incidencia respectiva en los años subsiguientes.

Con prescripción del reajuste causado con anterioridad al 23 de enero de 2013, por cuanto transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (30 de noviembre de 2006, fls.11), hasta la petición formulada ante la entidad (23 de enero de 2017, fl. 2).

No se ordena el reajuste en la forma solicitada en la demanda, pues el actor pretende la inclusión del subsidio familiar en el 62.5% de la asignación básica devengada en actividad y artículo 15 del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro para otros miembros de la fuerza pública, debe ser calculado en un 70% del monto de las partidas computables, esto es, el 70% del subsidio familiar devengado en actividad (4%) y así se está ordenando en ésta providencia.

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

La suma que deberá pagar la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a la parte demandante como reajuste salarial y prestacional se actualizará de acuerdo con la fórmula utilizada por el Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos y el índice final es el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

#### *Costas y agencias en derecho*

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se registrarán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$954.409 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el *Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda*, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio N° 2017-2788 del 31 de enero de 2017, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a través de la cual la entidad le negó a la parte demandante y la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de su asignación de retiro. Se inaplica por inconstitucional el párrafo único del artículo 13.2 del Decreto 4433 del 2004, en cuanto no permitió incluir la partida del subsidio familiar como cómputo para liquidar la asignación de retiro, por las razones expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL - a que reliquide y pague en forma indexada la asignación de retiro del Soldado Profesional ® JOSÉ EDUARDO PEÑA RODRÍGUEZ, identificado con C.C. 7.843.336, a partir del 23 de enero de 2013, por prescripción cuatrienal, incluyendo como partida computable en la asignación de retiro el subsidio familiar en la forma expuesta en los artículos 13.1 y 15 del Decreto 4433 de 2004 y deberá pagarle en forma indexada la diferencia de las mesadas que

resulte entre el reajuste aquí ordenado y lo que se venía pagando, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLÁRAR la prescripción cuatrienal de las diferencias del reajuste de las mesadas de la pensión de la parte demandante, causadas con anterioridad al 23 de enero de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la entidad a pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la asignación de retiro, de que trata el numeral anterior, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula indicada en la parte motiva de este fallo. Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas y el final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

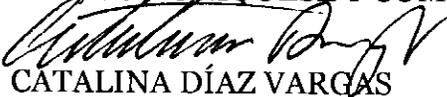
QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de novecientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos nueve pesos (\$954.409), por Secretaría líquidese.

SEXTO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SÉPTIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

  
CATALINA DÍAZ VARGAS  
Juez

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes presentes y las ausentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a los apoderados de las partes si contra la sentencia que se acaba de dictar interponen recurso de apelación.

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

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

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

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el art. 247 de la ley 1437 de 2011.

CONTROL DE LEGALIDAD - ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011.

La Juez. Indaga a los apoderados de las partes para que manifiesten si hasta este momento procesal encuentran algún vicio o nulidad que invalide lo actuado.

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

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

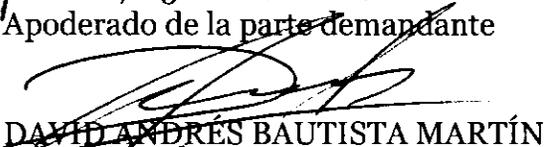
El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

Finalmente, el Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f de la Ley 1437 de 2011).

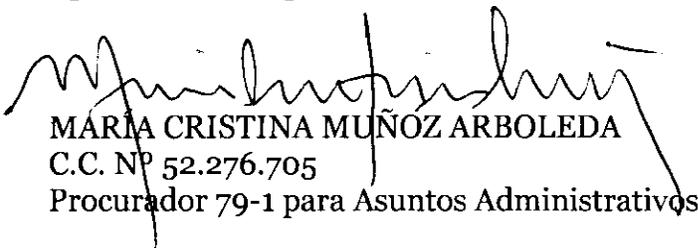
No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 5:38 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:



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

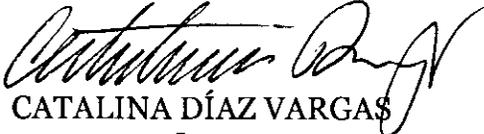


DAVID ANDRÉS BAUTISTA MARTÍN  
C.C. N° 80.169.581  
T.P. N° 175.409 del C.S de la J  
Apoderado de la parte demandada



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

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

  
CATALINA DÍAZ VARGAS  
Juez