



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
Sección Segunda
Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.
Juez, Doctor **JAIME HENRY RAMIREZ MORENO**

Bogotá D.C., agosto 19 de 2016

Sentencia N° 117 de 2016 Sistema Oral
(Artículo 183 ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00635-00
Demandante: GUSTAVO BAUTISTA RUBIO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL

Contrato Realidad

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señor **GUSTAVO BAUTISTA RUBIO**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, solicita a esta Jurisdicción que anule el **Oficios N° 2015-34738 del 27 de mayo de 2015**, mediante el cual la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** le negó el reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicita 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 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; que le reajuste y pague en forma indexada la asignación de retiro con base el salario mínimo legal vigente

incrementado en un 60%, como lo establece el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 para los soldados profesionales que fueron antes soldados voluntarios; que se incluya el subsidio familiar en un 70% del valor del salario devengado en actividad, como partida o factor salarial en la asignación de retiro, desde la fecha en que fue reconocido el derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 y en aplicación del derecho de igualdad; que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes devengados por el accionante durante el último año de servicios, como parte integrante de la asignación de retiro por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, en aplicación al derecho a la igualdad; que se ordene el pago de la indexación sobre los valores adeudados y de los intereses moratorios hasta la fecha en que sea reconocido el derecho y finalmente que se ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho (fl. 19).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda, en síntesis, los mismos hechos que fueron aceptados por las partes en la audiencia inicial realizada el 11 de agosto de 2016 (fls. 102-105).

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Invoca la parte demandante como vulneradas las siguientes normas:

Violación constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 48, 53, 93 y 150.

Violación de normas legales: Ley 4 de 1992, artículo 2, ley 1437 de 2011, decreto 1793 de 2000, decreto 1794 de 2000, ley 923 de 2004, decreto 4433 de 2004, decreto 116 de 2004, declaración americana de los derechos y deberes del hombre, artículos 2, 14 y 18, convención americana sobre los derechos humanos y convenio internacional del trabajo N° 111 (ley 22 de 1967).

Sostiene que la Caja demandada al expedir el acto acusado y negar la liquidación de la asignación de retiro del accionante de acuerdo con la asignación básica establecida para su cargo incrementada en un 60% conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, vulneró el derecho fundamental a la

igualdad, bajo el cual el Estado se encuentra en la obligación de tener en cuenta todos los ingresos percibidos por el trabajador para determinar su mesada pensional, generando un trato discriminatorio y desigual, que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política en este sentido.

Sobre la doble afectación a la prima de antigüedad afirma que la entidad debió aplicar el 70% a la asignación básica y al valor resultante se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad y no doble descuento como lo hizo, por cuanto afecta el mínimo vital del accionante.

En cuanto a la reliquidación del subsidio familiar en cuantía del 70% del valor percibido en actividad y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro, sostiene que aunque el decreto 4433 de 2004 estableció dichos factores salariales solo para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, considera que esa situación no es obstáculo para que los Jueces de la República en aplicación del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 Superior y por vía de inaplicación por inconstitucionalidad del párrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 los incluya en la asignación de retiro de los soldados profesionales (fl. 20 dorso - 27).

4.- 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 45-52 del expediente. Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Respecto del reajuste solicitado por el actor, cita el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que establece que el salario mensual como partida para liquidar la asignación de retiro es el salario mínimo incrementado en un 40% (no en un 60%), en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 y el tiempo de servicios acreditado en la hoja de vida del militar.

De la misma forma cita el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y sostiene que la forma de liquidación de la asignación de retiro es la siguiente:

“Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%

Prima de Antigüedad = 38.5%



Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.5\% \text{ de Prima de Antigüedad})". \text{ (Fl. 53)}$$

Respecto de la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad, el artículo 13, numeral 13.2 del decreto 4433 de 2004 es claro en indicar de manera taxativa los factores que se deben incluir en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados en la demanda; teniendo en cuenta lo anterior, la Caja no adeuda suma alguna al accionante.

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS ORALMENTE.

5.1.- Alegatos de conclusión de la parte demandante. Ratificó los hechos y pretensiones de la demanda. Alegatos de conclusión quedaron registrados en el CD que contiene la audiencia inicial del 11 de agosto de 2016 (fl. 106).

5.2.- Alegatos de conclusión de la entidad demandada. Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda (fl. 106).

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico.

Debe resolver el Juzgado los siguientes problemas jurídicos:

- a) Si el demandante, en calidad de Soldado Voluntario vinculado al Ejército Nacional con anterioridad al año 2000, tiene derecho a que su asignación de retiro se liquide según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, tomado el salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60% o si se debe hacer con el incremento del 40%, como lo hizo la Caja demandada.
- b) Si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro, como Soldado Profesional ®, sea reajustada adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y no aplicando un

doble descuento como lo hizo la entidad, que al momento liquidar la prestación tomó el 38.5% de tal prima y a ella le sacó de nuevo el 70%.

- c) Si el demandante tiene derecho a que le incluya el 70% del subsidio familiar devengado en actividad, como partida o factor salarial en la asignación de retiro, desde la fecha en que fue reconocido el derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 y en aplicación del derecho de igualdad con los Oficiales y Suboficiales. La entidad le tuvo en cuenta el 30% de dicho subsidio.
- d) Si el demandante tiene derecho a que se incluya la prima de navidad como partida para liquidarle la asignación de retiro (una duodécima parte), como lo hace para Oficiales y Suboficiales, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, por violación al derecho a la igualdad.

Para resolverlos tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

6.2.- Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

- a) Al señor **GUSTAVO BAUTISTA RUBIO**, Soldado Profesional ®, le fue reconocida asignación de retiro desde el **16 de abril de 2015**, mediante la **Resolución N° 1118 del 9 de febrero de 2015** expedida por la **CAJA DERETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 del 30 de diciembre de 2014), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, conforme al artículo 1º del decreto 1162 de 2014) (fotocopia informal reposa a folios 3-4 del expediente).
- b) El **5 de mayo de 2015**, el demandante, a través de apoderado, formuló una petición bajo el consecutivo **N° 20150040889**, en la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** en la que solicitó: 1) el

5 

reajuste de la asignación de retiro con base en el salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%, como lo establece el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; 2) el reajuste de la asignación de retiro por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que establece el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad; 3) que se incluya el subsidio familiar en un 70% del valor del salario devengado en actividad, como partida o factor salarial en la asignación de retiro, desde la fecha en que fue reconocido el derecho, en aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004; 4) que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes devengados por el accionante durante el último año de servicios, como parte integrante de la asignación de retiro, en aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 y 5) que sea adicionado un 4% en la asignación de retiro por cada año de servicios que exceda a los 20 años de servicios del actor, conforme al artículo 15, numeral 15.2 del decreto 4433 de 2004 (fotocopia informal reposa a folios 6-17 del expediente).

- c) La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante el **Oficio N° 2015-34738 del 27 de mayo de 2015 -acto acusado-**, por considerar que la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se encuentra dispuesta en los artículos 13, numeral 13.2.1 y 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionalmente le manifestó que *“(...) la forma de liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales se encuentra expresamente contenida en una norma de orden público y en ella no se tiene contemplado como partida computable la Doceava parte de la Prima de Navidad ni el 4% por cada año que exceda a los veinte años de servicios.// La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro (...) en el que fue reconocido un porcentaje del treinta (30%) del Subsidio Familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 (...)”*. Teniendo en cuenta lo anterior, le indicó que no había lugar al reajuste solicitado, ni a incluir factores que no estén previstos en la ley, toda vez que el régimen prestacional de los servidores de las Fuerzas Militares no ha sido modificado ni derogado (original visible a folio 18 del expediente).

- d) De la hoja de servicios N° **3-7313973** expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el **23 de enero de 2015**, se observa que el accionante **GUSTAVO BAUTISTA RUBIO**, ingresó como soldado regular el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995; paso a soldado voluntario el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 16 de enero de 2015; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 16 de enero de 2015 hasta el 16 de abril de 2015 para un tiempo total de servicios de 20 años, 8 meses y 3 días de servicios. En la nómina del mes de diciembre de 2014 devengó: sueldo básico, subsidio familiar en un 4%, prima de antigüedad soldado profesional y seguro de vida subsidiado. No se encuentra indicado que el accionante haya percibido prima de navidad (fotocopia autenticada por la entidad reposa a folios 61 dorso - 62 del expediente).
- e) A folio 5 del expediente reposa en fotocopia informal la “*PROYECCIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO*” expedida por la **Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil** donde consta la manera en que la entidad liquidó la asignación de retiro del accionante, es decir, fue reconocida en cuantía del 70%, previo monto del 38.8% de la prima de antigüedad e inclusión del subsidio familiar en un 30%, conforme al decreto 1162 de 2014.
- f) A folio 64 dorso del expediente reposa en fotocopia informal el Registro Civil del Matrimonio N° 05264067 expedido la Notaria Séptima de Bogotá D.C. en el que indica que el accionante señor **GUSTAVO BAUTISTA RUBIO** contrajo matrimonio con la señora **ANGIE ANDREA MARTINEZ MARTINEZ** el **9 de agosto de 2008** en la ciudad de Bogotá D.C.
- g) De la **Resolución N° 1118 del 9 de febrero de 2015**, 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 señor **GUSTAVO BAUTISTA RUBIO** se encontraba casado con la señora **ANGIE ANDREA MARTINEZ MARTINEZ** desde el **9 de agosto de 2008** y acreditó tener 3 hijos (fls. 3-4).



7

6.3-. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

6.3.1. Del reajuste de la asignación de retiro con el salario mínimo incrementado en un 60%.

El Congreso de la República, expidió la Ley 131 del 31 de diciembre de 1985, publicada en el Diario Oficial No. 37.295 de 31 de diciembre de 1985, "Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario", según la cual y sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podía establecer el servicio militar voluntario con sujeción a esta Ley. Así, la norma dispuso:

“ARTÍCULO 20. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

PARÁGRAFO 10. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 20. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

*ARTÍCULO 30. Las personas a que se refiere el artículo 20. de la presente Ley, **quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares** y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.*

ARTÍCULO 40. 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.

ARTÍCULO 50. El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

ARTÍCULO 60. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.” (Negrillas y subrayas fuera de texto original)

Más tarde el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000, expidió el **Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000** “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de **soldados profesionales** de las Fuerzas Militares*”, expedido por el Ejecutivo en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, que dispuso:

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

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

ARTICULO 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%).

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

Para efectos de la pensión o asignación de retiro **de los soldados profesionales** el artículo 13, numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, señaló:

“Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidará 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 1º de 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 o sustituciones pensionales”

Como se puede verificar en el párrafo resaltado del artículo 2 del decreto 1794 de 2000, se reiteró el respeto sobre porcentaje de la prima de antigüedad que

tuvieren al momento de la incorporación al nuevo régimen como soldados profesionales y también dispuso su aplicación integral a ellos, es decir que tienen derecho al *régimen salarial y prestacional establecido para el personal de **soldados profesionales*** previsto en el articulado del Decreto 1794 de 2000, con la aclaración de que en virtud de esta nueva norma, los soldados voluntarios ya no reciben como retribución por sus servicios una bonificación mensual sino un salario mensual equivalente a un (1) salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%), con todas las prestaciones previstas en este último decreto, que no tenían antes.

Sin embargo, resalta el Despacho que la bonificación mensual que recibían antes, y el salario mensual que pasaron a percibir por el cambio de soldados voluntarios a profesionales, conservó el mismo monto: **un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)**, sumados los demás estipendios y prestaciones que contempló el decreto 1794 de 2000 para los soldados profesionales, incluidos los antiguos soldados voluntarios. Significa ello que en realidad los decretos 1793 y 1794 de 2000 mejoraron las acreencias y prestaciones de los antiguos soldados voluntarios.

El hecho de que los nuevos soldados profesionales vinculados a las Fuerzas Militares a partir de la vigencia del decreto 1794 de 2000 devengaran “*un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario*”, como lo dispuso el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, un 20% menos del estipulado para quienes antes eran soldados voluntarios, no autoriza a la Institución para buscar la *igualdad negativa* entre nuevos y antiguos, afectando el salario y la asignación de retiro de estos últimos, por cuanto esto vulnera normas y principios de rango constitucional, como los de la *irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*¹ y el *principio de progresividad* al que se ha referido el Consejo de Estado², así: “*El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan*

¹ Constitución Política, artículo 53.

² SALA PLENA de la Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente 25000232500020060750901 Número interno 0112 2009, Actor Luis Mario Velandia.

en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute...”, en tanto que la Corte Constitucional, respecto del mismo asunto en la Sentencia T- 946 de 2009, señaló: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

De manera que no hay razón válida para que los Soldados Profesionales que venían de ser Soldados Voluntarios devenguen como salario o asignación de retiro una suma inferior al salario legamente establecido para ellos, si es claro y no hay duda que la Ley 131 de 1985 en el ARTÍCULO 40. ordenó: “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...” (Subraya el Juzgado), porcentaje que el Gobierno Nacional quiso mantener para este grupo de soldados, por eso el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 fue claro y expreso en señalar que “...quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, -voluntarios- devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)...” (Subraya el Juzgado), por lo tanto, este es el salario que debe percibir el soldado para servir de base para liquidar las prestaciones y la asignación de retiro. No es constitucionalmente aceptable ni válido que el soldado vinculado antes del 31 de diciembre de 2000, teniendo derecho a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, como lo señalaron las normas transcritas, la entidad demandada sólo le haya tenido en cuenta el incremento del 40%, como lo hizo y lo acepta en la defensa.

El hecho de que al Soldado Voluntario no le hayan reconocido su salario con el incremento del 60%, como estipula las normas mencionadas, no implica que el perjuicio deba sufrirlo de manera adicional e indefinida, afectando también el monto de la asignación de retiro que en realidad y por ley le corresponde al soldado profesional que antes de 2000 fue Soldado voluntario, por cuanto equivaldría a patentar la vulneración permanente y futura de derechos como los de la seguridad social, la favorabilidad y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, que son de rango constitucional. (Artículo 53 de la Constitución Política).

Homologar este grupo de soldados con aquellos que ingresaron al servicio por primera vez a partir de la vigencia del decreto 1794 de 2000, para quienes la remuneración es de un 20% menos (salario mínimo incrementado en un 40%),

no solo equivale a aplicar una interpretación desfavorable, restrictiva y odiosa, desterrada de nuestra sociedad por el derecho moderno, de lo cual Colombia no es extraña (artículo 53 Constitución Política), sino que implica el desconocimiento de un *derecho adquirido* (salarial y prestacional) con arreglo a las leyes civiles, que no puede ser desconocido ni vulnerado, en los términos del artículo 58 Superior. También implica el desconocimiento del derecho al trabajo, en este caso de la abnegada labor de los soldados colombianos, cuya protección **especial** es obligación del Estado, del cual hace parte la Fuerza Pública en calidad de empleadora, como lo manda la Constitución Política en el artículo 25. Esta vulneración afecta ostensiblemente el monto de la pensión o asignación de retiro al calcularse sobre una base de liquidación inferior a la que legalmente tiene derecho este grupo de soldados. Para abundar en razones, el artículo 220 de la Constitución Política dispuso sin ambages que *“Los miembros de la fuerza pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley”*.

En consecuencia, cuando el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se remite al inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 para la liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales debe tomarse aquella que dice *“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”***.

El H. Consejo de Estado en sede de tutela, en sentencia del 17 de octubre de 2013 expediente 20110118901, amparó los derechos fundamentales en un caso análogo y ordenó a la Sección Segunda, Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dictará una nueva sentencia teniendo en cuenta los siguientes lineamientos:

“(...) Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada – Decreto 1794 de 2000-, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que lo últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que

previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de "un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario".

Entonces, a diferencia de cómo lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

(...) En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del tutelante, dejará sin efectos la sentencia censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia, y analice sin en efecto el tutelante cumple con los requisitos que establece la normativa aplicable al caso, para haber sido beneficiario, mientras fue soldado profesional, de un salario equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), como lo establece el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000." (Resaltado del Juzgado)

Por su parte, la Sección Segunda- Subsección "D" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca³ confirmó una sentencia proferida por este Despacho, en los siguientes términos:

"(...) De esta manera, al haberse vinculado el demandante como Infante de Marina Voluntario de la Armada Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, es beneficiario del mandato expreso consagrado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual "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%)".

Lo anterior, tiene un fundamento garantista y de irrenunciabilidad de los beneficios laborales reconocidos a los trabajadores contenido en el artículo 53 de la Carta Magna y de manera específica en el artículo 2º literal a) de la Ley 4ª de 1992, la cual reza (...)

Así mismo, esta garantía fue prevista expresamente por el legislador en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, Estatuto del Personal de Soldados Profesionales, al señalar "El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos". Por lo tanto, el Gobierno Nacional al expedir el régimen salarial de los soldados profesionales no podía desconocer los derechos salariales de los que gozaban en esa época los soldados voluntarios."

Recientemente el Consejo de Estado⁴ reiteró que los soldados que fueron voluntarios y pasaron a profesionales tienen derecho a un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%, veamos:

"(...) a juicio de la Sala las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la

³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección "D" M.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra- Radicación: 2012-0237 sentencia del 13 de febrero de 2014

⁴ Sentencia 6 de agosto de 2015 Subsección B, M.G.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13) Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

planta de personal de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

(...)

Así las cosas, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, como una decisión de respeto por los derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquiridos el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.

(...)

la Sala rechaza enérgicamente dicha interpretación toda vez que ella en la práctica implicaría prohijar la renuncia tácita de una prestación económica, que percibían los Soldados Voluntarios como contraprestación directa a sus servicios, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución resulta violatorio de los derechos y prerrogativas de los servidores públicos y, para el caso concreto, de quienes prestan sus servicios con el fin de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

En este mismo sentido, tampoco resulta de recibo el argumento de la supuesta violación al principio de la inescindibilidad de las normas que trae consigo, a estos casos, la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 toda vez que, como quedó visto en precedencia, no se trata de la escisión o fragmentación de las disposiciones del referido Decreto, sino por el contrario, se trata de la aplicación directa de su primera disposición esto es la que regula todo lo concerniente a la asignación que deben percibir los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Sobre este particular, esta Corporación en sede de tutela ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a la aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual la Sala estima pertinente traer apartes de algunas de esas providencias⁵(...)”

Descendiendo al caso en concreto, se observa que el actor se vinculó como soldado voluntario **con anterioridad al 31 de diciembre del 2000**, esto es, como soldado regular desde el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995; paso a soldado voluntario el **10 de enero de 1996** hasta el **31 de octubre de 2003**; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 16 de enero de 2015; finalmente se le reconocieron los tres meses de alta desde el 16 de enero de 2015 hasta el 16 de abril de 2015 para un tiempo total de servicios de 20 años, 8 meses y 3 días de servicios, como se verifica en la Hoja de Servicios N° 3-7313973 expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional el 23 de enero de 2015 expedida por el Ejército Nacional y que obra a folios 61 dorso - 62

⁵ Esta tesis ha sido reiterada por esta Sección en sentencias de tutela de 16 de marzo de 2015. Rad. 1100103-15-000-2014-02434-01 M.P. Gerardo Arenas Monsalve y de 24 de junio de 2015. Rad. 11001-03-15-0002015-01256-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

del expediente, situación que lo ubica en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, para devengar como sueldo básico un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, que es sobre el cual debió liquidarse su asignación en actividad, y no sobre el incremento del 40%, como lo acepta la entidad en el acto acusado.

Por lo anterior, la Caja demandada deberá reajustar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, al tenor de lo dispuesto en la norma en comento.

6.3.2. De la Prima de Antigüedad para liquidar la asignación de retiro – No se debe realizar doble descuento.

El artículo 16 del **Decreto 4433 de 2004**⁶, establece las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, de la siguiente manera:

“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 ocho por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Resalta el Juzgado)

De la norma transcrita, se extrae que los soldados profesionales que cumplan 20 años de servicio, tienen derecho a una asignación de retiro, equivalente al 70% del salario básico indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. Implica que primero debe sacarse el 70% al salario y a este adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad.

Como se observa, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, interpretó en forma errónea el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto tomó el sueldo básico más el 38,5% de la prima de antigüedad y al resultado le aplicó el 70%, como se verifica en la proyección de la asignación de retiro que reposa a folio 5 del expediente y

⁶Vigente a partir de su publicación, la que tuvo lugar en el Diario Oficial No. 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

como lo acepta la entidad en la contestación de la demanda (fl. 46); de esta manera la prima de antigüedad sufrió ilegalmente dos descuentos: el primero al tomar el 38.5% y el segundo al aplicar sobre este el 70%. Lo correcto, según la norma, es que al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, se debe adicionar el 38.5% de la prima antigüedad, sin más. Así lo ordenará el Juzgado.

6.3.3. De la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar.

El **Decreto 1794 de 2000** “por el cual se establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de la Fuerzas Militares”, en su artículo 11 estableció el **subsidio familiar** así:

“ARTICULO 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.”

Como se observa, inicialmente fue reconocido el subsidio familiar a aquellos soldados profesionales que acreditaran los requisitos establecidos en la citada norma (casados o con unión marital de hecho vigente), equivalente al 4% del salario básico mensual adicionado con la prima de antigüedad.

El Presidente de la República en desarrollo de la ley 4ª de 1992 expidió el Decreto **3770 del 30 de septiembre de 2009** “Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, en el cual aclaró y añadió:

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

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

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

ARTICULO 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)

Posteriormente, el Presidente de la Republica con base en las atribuciones establecidas en la ley 4 de 1992 y 923 de 2004 expidió el **Decreto 1161 del 24 de junio de 2014** "Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones", en el cual estableció:

Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:**

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1 de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

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

En la misma fecha (24 de junio de 2014), el Presidente de la Republica, nuevamente en desarrollo de las normas señaladas en el decreto 923 de 2004, expidió el **Decreto 1162 del 24 de junio de 2014** "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", estableció en su artículo 1º el porcentaje del subsidio familiar a efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina **que al momento de su retiro estuvieren devengando el subsidio familiar conforme a los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009**, en los siguientes términos:

*"Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, **regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan."* (Destaca el Juzgado)

De las normas transcritas se puede sintetizar:

- 1) El Decreto 3370 del 30 de septiembre de 2009 (que derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000) aclaró que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que a la fecha venían percibiendo el subsidio familiar, lo continuarían percibiendo hasta el retiro del servicio también. Aclaró que para estos soldados e infantes el subsidio familiar está

compuesto por el “4% *Salario Básico Mensual + 100 Prima de Antigüedad Mensual*”.

El subsidio familiar no constituía partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, razón por la cual vino a incorporarse para tal efecto con el Decreto 1162 del 24 de julio de 2014, a partir de julio de 2014, en un porcentaje del 30% del que devenguen en servicio activo, “*el cual será sumado en forma directa, al valor (...) de asignación de retiro o pensión de invalidez (...)*”.

- 2) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2002 y 3770 de 2009, el Gobierno Nacional les creo este subsidio desde el 1º de julio de 2014, a través del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, en un porcentaje máximo del 26% de su asignación básica (20% por el cónyuge, 3% por el primer hijo, 2% por el segundo y 1% por el tercero). Igualmente les incluyó este subsidio familiar como partida computable para liquidarles las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez en proporción del 70% del valor que este subsidio devenguen en servicio activo, el cual también “*será sumado en forma directa al valor (...) de asignación de retiro o pensión de invalidez (...)*” (Art. 5 del Decreto 1161 de 2014).
- 3) En el caso concreto del demandante se observa que venía devengando el subsidio familiar conforme a los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, razón por la cual para liquidarle la asignación de retiro se le debía tener en cuenta el 30% del subsidio familiar que percibía en servicio activo y al momento del retiro, como lo ordena el Decreto 1162 de 2014, tal como lo hizo correctamente la Caja en la liquidación de la asignación de retiro visible a folio 5 del expediente.

Bien podía el legislador establecer una forma y porcentaje del subsidio familiar para liquidar la asignación de retiro de los soldados que venían percibiendo dicho subsidio antes del Decreto 1162 del 24 de julio de 2014 y otra forma y porcentaje para los que lo comenzaron a devengar a partir de esta fecha, como se hizo con el Decreto 1161 del 24 de julio de 2014, pues ello no vulnera el derecho a la asignación de retiro, en razón a que no se hallan en los mismos supuestos de hecho ni derecho. El demandante venía percibiendo el subsidio familiar hasta el momento del retiro, por lo tanto

se debía computar en el 30% como lo hizo la entidad, en tanto que para los que no lo devengaban se les creó bajo condiciones nuevas y por razones nuevas. Por lo expuesto se negará esta pretensión.

6.3.4. De la inclusión de la prima de navidad (duodécima parte) para liquidar la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Soldados Profesionales.

Respecto de las partidas computables para reconocer la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, el **artículo 13 del decreto 4433 de 2004**, dispuso:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

Por su parte el **numeral 13.2** del precitado artículo 13 del **Decreto 4433 de 2003**, señaló como partidas computables a efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los **Soldados Profesionales** las siguientes: **“13.2 Soldados Profesionales: 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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.”

Como se observa, la norma no incluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación o pensión de los soldados profesionales, pero sí lo hizo para los Oficiales y Suboficiales.

No obstante, la parte demandante considera que la prima de navidad debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados, en aplicación del principio de la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, como ocurre con todos los demás miembros de la Fuerza Pública y el Ministerio de Defensa Nacional.

Revisado el expediente y la hoja de servicios expedida el 23 de enero de 2015 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional (fls. 61-62), verifica el Despacho que el accionante no percibió la prima de navidad, por cuanto no está relacionada dentro de las partidas que certificó para pensión el Ejército Nacional a folio 61 (dorso) del expediente, en la Hoja de servicios. Por lo anterior, la parte demandante no tiene derecho a que se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad en la forma solicitada. En consecuencia, esta pretensión también se negará.

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 de manera parcial. En consecuencia se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado y se accederá parcialmente 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 y con falsa motivación, desvirtuando así la presunción de legalidad que los amparaban.

Así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil deberá reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta: **a)** el sueldo básico debe ser el equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; y **b)** una vez liquidado el salario básico se le aplicará el 70% y a este se le

sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del **16 de abril de 2015** (fecha de efectividad de la asignación de retiro - fl. 3 dorso), sin prescripción, por cuanto no transcurrieron más de 4 años desde el reconocimiento de la asignación de retiro (9 de febrero de 2015, fls. 3-4), hasta la petición formulada ante la entidad (5 de mayo de 2015, fls. 6-17) ni desde esta hasta la presentación de la demanda (4 de agosto de 2015, fl. 30).

La suma que deberá pagar la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** a la parte demandante como reajuste de la asignación de retiro, se actualizará de acuerdo con la fórmula utilizada por el H. 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:

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

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 ellas y el índice final es el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la demandada. El H. Consejo de Estado ha señalado: *"(...) sólo cuando La Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas"*⁷ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado⁸, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: *"En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte*

⁷Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

⁸Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso."(Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

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

F A L L A:

PRIMERO: SE DECLARA PARCIALMENTE NULO el acto administrativo contenido en el **Oficio N° 2015-34738 del 27 de mayo de 2015**, en cuanto la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** negó a la parte demandante la reliquidación de la asignación de retiro con el incremento del 60% del salario mínimo y el 38.5% de la prima de antigüedad, 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 ® **GUSTAVO BUATISTA RUBIO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.313.973 de Chiquinquirá (Boyacá), **a partir del 16 de abril de 2015** (fecha de efectividad de la asignación de retiro), teniendo en cuenta: **a)** La asignación básica para la pensión será la equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° en el artículo 1° del Decreto 1794 del 2.000; **b)** Una vez efectuado lo anterior, al salario le aplicará el 70% y al resultado le adicionará el 38.5% de la prima de antigüedad y **c)** deberá pagarle en forma indexada la diferencia de las mesadas que resulte entre el reajuste aquí ordenado y lo que se venía pagando, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

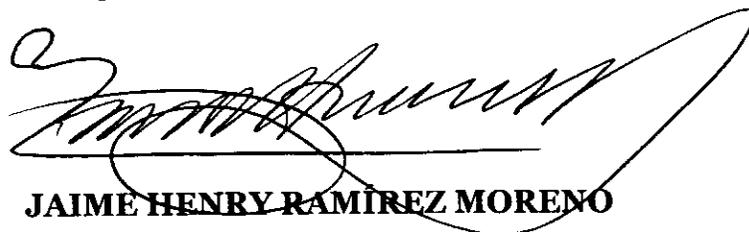
CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad demandada, por las razones expuestas.

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

SEXTO: 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 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante la primera copia íntegra y auténtica de la misma, en los términos del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa del demandante.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria 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



JAIME HENRY RAMÍREZ MORENO

JUEZ

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRONICO** (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **24 de agosto de 2016** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **24 de agosto de 2016** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRÓNICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al artículo 201, párrafo 3 de la ley 1437 de 2011.

Secretaria