



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 14 DIC 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL-
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2017-0184-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, a través de apoderada y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, buscando la prosperidad de las siguientes pretensiones: **(i)** se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0024365 del 11 de mayo de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y el No. 0034872 del 22 de junio de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa; **(ii)** que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho; **(iii)** reajustar por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad; **(iv)** reajustar por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; **(v)** se reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en una cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares y por los soldados profesionales a quienes se les viene reconociendo el subsidio familiar como partida computable en una cuantía muy superior; **(vi)** reajuste por violación del derecho a la igualdad al dejar de incluir la *duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro* que actualmente devenga el demandante, cuando a todos los demás miembros de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
2017-0184. Luis Fernando Pérez López
Demandado: -CREMIL-

las fuerzas militares, tanto civiles como militares, si se les incluye esta prestación; **(vii)** se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos; **(viii)** se disponga el pago de la **indexación** sobre todos los valores adeudados a mi representado; **(ix)** se disponga el pago de **intereses de mora** sobre todos los valores adeudados al demandante y **(x)** se condene en **costas** a la demandada.

1.3. Fundamentos fácticos

Refiere que el demandante ingresó al Ejército Nacional en condición de soldado regular el 3 de marzo de 1995.

Seguidamente se indica que el demandante prestó su servicio militar, ingresando como soldado voluntario en el Ejército Nacional a partir del 16 de septiembre de 1996, vinculación regida bajo los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Así mismo, que por decisión del Ejército Nacional el señor **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ** pasó a ser denominado soldado profesional a partir del 1º de noviembre del 2003, y su vinculación a regirse por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de Diciembre del 2004.

Igualmente que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el 15 de julio de 2016, estando asignado al Batallón de Infantería No. 1 General Simón Bolívar con sede en Tunja Boyacá, y durante más de 20 años, lo cual le otorgó el Derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de **-CREMIL-** reconocida mediante Resolución No. 6357 del 20 de septiembre del 2016.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

El apoderado de la parte demandante señala que la administración transgredió los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política; el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000

Luego de ello, hace un recuento de la excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en defensa del ordenamiento jurídico, para referir que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro, tanto el subsidio familiar como la duodécima parte de la prima de navidad que devengó el demandante durante su vinculación con el Ejército Nacional.

Así mismo, indica que el Decreto 1162 de 2014 es inconstitucional, ya que vulnera los derechos adquiridos por los soldados profesionales al disponer que el reconocimiento del subsidio familiar en un porcentaje inferior al que tienen derecho, desconociendo que a todos los miembros del Ministerio de Defensa Nacional se les reconoce como partida computable en su asignación de retiro en el mismo porcentaje devengado en actividad.

Por lo cual solicita que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política y de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales el Despacho implique las normas referidas y reconozca a plenitud los derechos a que tiene derecho el Demandante.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
2017-0184. Luis Fernando Pérez López
Demandado: -CREMIL-

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión y etapas del proceso

La demanda fue admitida con providencia del 24 de noviembre de 2017 (fl. 36 y siguientes) y una vez notificada, la entidad accionada dio contestación como se advierte a folio 48 y siguientes).

Posteriormente mediante auto del 30 de abril de 2017 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl.129).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 3 de agosto de 2018, según consta en el acta que reposa en el expediente a folio 92 y siguientes, en la cual, se estableció que las excepciones propuestas se resolverían con el fondo del asunto y se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos, entre otras decisiones tomadas.

En consecuencia, el día 8 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (folio 108 y ss), incorporando todas las pruebas, y se dio por finalizada la etapa probatoria, ordenando la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** por intermedio de su apoderada manifestó oponerse a todas las pretensiones invocadas.

Frente a los hechos dijo que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y el agotamiento de la actuación administrativa.

Como medios de defensa presentaron las excepciones tituladas; "en cuanto al reajuste del 20% en la asignación de retiro", "inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional", "prescripción de mesadas según reajuste" y "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares" (fls. 50 y 51) las cuales se decidirán con el fondo del presente asunto.

2.3. Medios de prueba relevantes allegados al proceso

- Copia de la constancia de la conciliación extrajudicial expedida por la **PROCURADURÍA 68 JUDICIAL 1 PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE TUNJA** (fl. 15)
- Copia de la petición elevada a través de apoderado por el demandante **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ** el 21 de abril del 2017, ante la entidad accionada, en

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

la que solicitaba el reconocimiento de los derechos reclamados a través del presente medio de control (fl. 16 y ss, y 57 y ss).

- Copia del oficio No. 2017-24366 del 11 de mayo del 2017 mediante el cual la entidad demandada resolvió de forma desfavorable las solicitudes de la parte actora (fl. 22 y 61 y ss).
- Copia del recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por el demandante en contra del oficio No.0024365 del 11 de mayo de 2017 (fl. 24 y ss, y 63 y ss).
- Copia del oficio No. 0034872 del 27 de junio del 2017, mediante el cual se le refiere a la parte demandante que no proceden los recursos de reposición y apelación interpuestos (fl. 26).
- Copia de la Resolución No. 6537 del 20 de septiembre del 2016 mediante la cual se reconoce la asignación de retiro del demandante **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ** a partir del 15 de octubre del 2016 (fl. 28 y ss, y 55).
- Copia de la hoja de servicios del demandante de fecha 8 de agosto del 2016 (fl. 30 y 53 vto y 54).
- Certificación de las partidas computables en la asignación de retiro del demandante de fecha 26 de abril del 2017, expedida por -CREMIL- (fl. 31).
- Certificación de la nómina del mes de octubre del año 2003 del señor **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ** (fl. 32).
- Certificación de la nómina del mes de noviembre del año 2003 del señor **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ** (fl. 33).
- Oficio en el cual se indica que la última unidad en que laboró el señor **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ**, fue en la ciudad de Tunja (fl. 34).
- Copia de la resolución No. 7899 del 20 de marzo del 2018 por medio de la cual, se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del aquí demandante, a partir del 15 de octubre de 2016 (fl. 67 y ss)
- Certificación de incrementos anuales de -CREMIL- de fecha 11 de octubre del 2018 donde consta el valor cancelado y los incrementos en la asignación de retiro del demandante (fl. 100).
- Oficio No. 0007534 del 9 de octubre del 2018, mediante el cual se informan los porcentajes tenidos en cuenta al momento de reconocer la asignación de retiro del demandante, y el reajuste originado en la resolución No. 7899 de 2018 (fls. 101 y 102).
- Copia del comprobante de pago de septiembre del 2018, expedido por parte de -CREMIL-, (fl. 105)
- Copia del comprobante de pago de octubre del 2018, expedido por parte de -CREMIL-, (fl. 106)

2.4. Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas a que se refieren los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 las partes presentaron sus alegatos de conclusión así:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
2017-0184. Luis Fernando Pérez López
Demandado: -CREMIL-

2.4.1. Parte demandante

La apoderada judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión reiterando los puntos señalados en la demanda respecto de cada una de las pretensiones incoadas como consta a folio 111 y ss.

2.4.2. La parte Demandada y el Ministerio Público

Por su parte la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** y el **MINISTERIO PÚBLICO** no hicieron pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procede a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Problema Jurídico

En el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si los actos administrativos demandados, expedidos por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** mediante los cuales NEGÓ el reajuste de la asignación de retiro del demandante, están incurso en alguna de las causales de nulidad que establece el artículo 137 del CPACA. Así mismo, si la demandada debe cancelar la diferencia que resulte entre los montos reconocidos al demandante y lo que se le debió pagar de haberse liquidado en debida forma su asignación de retiro.

La parte demandante esbozó como tesis argumentativa que la entidad demanda aplicó de forma errónea las normas que establecen las partidas que conforman la asignación de retiro, y que existe violación del derecho a la igualdad al no incluirse en su asignación como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad y el 100% del subsidio familiar devengado al momento del retiro, por lo cual el Despacho debe hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad frente a varias disposiciones normativas y declarar la nulidad de los actos administrativos demandados ordenando el restablecimiento del derecho.

Por su parte, la entidad demandada señala que la reclamación elevada por vía judicial, no está llamada a prosperar, toda vez que dicha entidad reconoce y paga las asignaciones de retiro de los beneficiarios y afiliados que acrediten tal derecho con sujeción a la normatividad legal aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, pues dicha entidad no puede efectuar interpretaciones, ni juicios de valor apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, finaliza señalando que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad y propone una serie de excepciones de fondo como mecanismo de defensa.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

El Despacho resolverá la litis accediendo a las pretensiones de la demanda por encontrar acreditados los hechos que permiten vislumbrar que los actos administrativos demandados se profirieron con vicios de nulidad como lo aduce la parte demandante.

Para resolver el problema jurídico planteado el Despacho analizará los siguientes ítems:; **i)** Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la determinación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; **ii)** Aplicación para liquidación de la asignación de retiro de lo previsto en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000; **iii)** Marco jurídico y jurisprudencial del Subsidio Familiar para Soldados Profesionales; **vi)** La prima de navidad y de su reconocimiento para los Soldados Profesionales del Ejército Nacional; **v)** Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad; **vi)** Caso Concreto.

3.2. Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

3.2.1. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para determinación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispone:

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

De la lectura de la norma se tiene que el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales debe determinarse tomando el 70% del salario básico mensual y a está se le debe adicionar el 38.5 de la prima de antigüedad estimada ésta del 100% del salario básico, más los factores de los que trataremos en puntos posteriores.

3.2.2. Aplicación para liquidación de la asignación de retiro de lo previsto en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.

El Decreto 2157 de 8 de agosto de 1985, "Por el cual se dictan normas tendientes al restablecimiento del orden público", contempló:

"ARTÍCULO 3o. El personal de soldados voluntarios devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario."

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

Posteriormente, se dictó la Ley 131 de 1985, "*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*", que dispuso:

"ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devenará 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." (Subrayado de la Sala).

A través de dicha normativa se estableció el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran el deseo al comandante de fuerza de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados por él, para los cuales se dispuso una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

En el año 2000 fue expedido el Decreto 1793, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", el cual señaló:

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

"(...)"

"ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los régimen salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

"(...)"

*"ARTÍCULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN. **El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales. (...)"** (Negrillas del despacho).*

Se dispuso entonces en este Decreto que el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4^o de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, igualmente que el mismo se aplicaría tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

Fue así como el Gobierno Nacional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", norma que en su artículo 1^o preceptuó:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente

al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%). (...)" (Negrillas del Despacho)

El contenido del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, permite establecer que el Gobierno Nacional dispuso como asignación salarial mensual para los soldados profesionales un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, no obstante, el inciso segundo de esta misma codificación fue preciso al señalar que sin perjuicio de la asignación salarial dispuesta para los soldados profesionales que se vinculen en vigencia de dicho Decreto, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se *encontraban* como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

3.2.3. Marco jurídico y jurisprudencial del Subsidio Familiar para Soldados Profesionales

El Subsidio Familiar es una prestación social instituida en favor de los trabajadores de medianos y menores ingresos, con la finalidad de morigerar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Constituyendo un pago en dinero, especie y servicio.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del subsidio familiar, la Corte Constitucional entre otras, en la Sentencia T- 712 de 2003, la señaló:

"El subsidio familiar es considerado como una especie del género de la seguridad social regido, por lo tanto, por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad incorporados en el artículo 49 de la Carta Política. Constituye, por ende, una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno.

-Es una prestación social cuya finalidad es la de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Su objetivo no es entonces retribuir directamente el trabajo, como sí lo hace el salario¹"

Ahora bien, el subsidio familiar para los **soldados profesionales** se estableció, a través del Decreto No 1794 de 2000 el cual señala en su artículo 11 lo siguiente:

"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."*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 15 de agosto de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 fue derogado por el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, manteniendo el beneficio en favor de los militares que a la entrada en vigencia de dicha norma se encontraran percibiéndolo, disponiendo lo siguiente:

"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. *Aclararse 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"*

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, que se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, en su artículo 13º consagra la forma de liquidación de esta prestación para los soldados profesionales, de la siguiente manera:

"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.

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

""

13.2 Soldados Profesionales:

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.

Se resalta de las normas citadas que, a los soldados profesionales no se les incluyó inicialmente el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro; mientras que sí se contempló para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sobre el problema jurídico planteado el Consejo de Estado² se ha pronunciado, señalando que la medida establecida por el Gobierno Nacional en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, no persigue un objetivo constitucional que resulte legítimo, importante e imperioso, por lo que más bien representa un trato discriminatorio no justificado constitucionalmente frente a los soldados profesionales, al no incluir el subsidio familiar como una partida computable en sus asignaciones de retiro, como

² Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Expediente núm. 2014-02292-01. Acción de tutela del 11 de diciembre de 2014. Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

sí lo hizo para el caso de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así lo señaló la Subsección "B" de Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013 proferida dentro del proceso radicado AC-11001-03-15-000-2013-01821-00³, cuando decidió tutelar el derecho a la igualdad de un soldado profesional a quien le fue negada la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, ordenando al Tribunal accionado inaplicar por inconstitucional la disposición contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia conceder las pretensiones de la demanda. En esta providencia la Sala señaló lo siguiente:

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

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

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

La anterior tesis fue reiterada por El Consejo de Estado; entre otras, en sentencia del 27 de octubre de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-Subsección A-Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14). Actor: Armando Guarín Cujaban. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Ahora, igual consideración ha merecido el tema para el Tribunal Administrativo de Boyacá, Corporación que ha señalado que existe un trato desigual por la falta de inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En efecto, el Tribunal ha dicho:

"no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad, porque el alcance Constitucional que se le ha dado al subsidio familiar, es el de una prestación social legal de carácter laboral, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, sin importar a que familia

³ M: P. Berta Ramírez.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

pertenezca, - Si a la del Soldado o al del Oficial o Suboficial-; por lo que pretende desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del Soldado, se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad, y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón del ser del subsidio familiar”⁴.

Más recientemente sobre el tema dijo:

“...Sin embargo, en lo que respecta específicamente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece un trato diferencial entre los soldados profesionales y los suboficiales, al prohibir a los primeros la inclusión del subsidio familiar, para efectos de liquidar la asignación de retiro, mientras que para los segundos lo estableció como permitido, encuentra la Sala una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encontró fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta, que como ya se estudió, la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajos ingresos se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad.”⁵ (Subrayado fuera de texto).

Sumado a lo anterior, no se puede perder de vista que el Gobierno Nacional en el año 2014 expidió el Decreto 1162, el cual, consignó en favor de los soldados profesionales el subsidio familiar 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...” (Negrilla fuera del texto)

3.2.4. La prima de navidad y de su reconocimiento para los Soldados Profesionales del Ejército Nacional.

La prima de navidad fue instituida expresamente dentro del régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de*

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 1. Sentencia de 28 de abril de 2014. Exp. 15001333301220120013301, M.P. Fabio Ivan Afanador

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 5. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Exp. 15001333301220140024601, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

Esta prima fue constituida en favor del soldado profesional en actividad, **pero dicho factor salarial no fue tenido en cuenta para determinar la base de liquidación de la asignación del retiro.** En efecto, los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004 definieron tales partidas así:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 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". (Subraya la Sala).*

"ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.*

En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Resaltado fuera del texto).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
 2017-0184. Luis Fernando Pérez López
 Demandado: -CREMIL-

De acuerdo a los preceptos traídos a referencia, se encuentra que **el Decreto 4433 de 2004 excluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales**, a pesar de que la misma sí constituye partida computable para los **Oficiales y Suboficiales**.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad, pues no existe fundamento constitucional que permita la distinción planteada por la norma citada, pues la única diferencia entre los soldados profesionales y militares a quienes se les tiene en cuenta la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, es el rango que ostentan, pues en servicio activo devengan dicho emolumento indistintamente.

Sobre la vulneración del citado principio, el **Tribunal Administrativo de Boyacá** siguiendo el derrotero de la Corte Constitucional⁶ en sentencia del 14 de noviembre del año 2017⁷ señaló lo siguiente:

"(...) Tal como ya se había reseñado, no hay duda que a los Soldados Profesionales no se les tiene en cuenta la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro y se prohíbe incluir otra distinta de las que allí se enlistan, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Al respecto, la Sala advierte que tal regulación no cumple con los principios, objetivos y criterios plasmados en Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, pues la omisión de incluir la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales infringe la prohibición de no discriminación y el principio de equidad. (Negrilla fuera del texto)

El Tribunal realizó el juicio de igualdad⁸ respecto de la diferencia de trato entre Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y Soldados Profesionales, concluyendo que resultaba desproporcionada, por advertir una finalidad que no consultaba valores y principios constitucionales:

"(...) (...) Para la Sala no es de recibo el argumento esbozado por la entidad demandada para negar la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no la enlistaba (f1.27); al contrario, se evidencia que el Ejecutivo, al excluir tal beneficio a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y por ende, del artículo 16 ibídem, y al incluirla para los mismos efectos a los Oficiales y Suboficiales de la misma Fuerza Pública, originó un trato desigual y discriminatorio de cara a los Soldados Profesionales. (Negrilla fuera del texto)

(...) (...)

⁶ sentencia C-229 del 2011

⁷ Sentencia del 14 de noviembre del año 2017- Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Dte; Melquisedech Silva- Ddo; Caja de retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- Ref.: 150013333009201500013-01-M.P: Fabio Iván Afanador García.

⁸ Entre otras; las sentencias C-445 DE 1995 y C-888 DEL 2002

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

- En el otro grupo de miembros de la Fuerza Pública, denominados Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se les reconoce la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 y también en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, -en el que se exceptúa a los soldados profesionales-, diferenciación de trato que para la Sala no es plausible constitucionalmente, pues los dos grupos, -Soldados Profesionales y Oficiales y Suboficiales-, hacen parte de la misma Fuerza Pública. (Negrilla fuera del texto)

(...) (...)

Así entonces y siguiendo el test de razonabilidad y proporcionalidad que para el efecto la Sala realiza, se obtiene que el trato desigual plasmado en la no inclusión de la partida de la prima de navidad para efectos de liquidar la asignación de retiro al demandante -Soldado Profesional- y quien tiene una remuneración inferior (FI. 7 C-ppal) frente a los Oficiales y Suboficiales, para quienes sí se les tiene en cuenta tal partida para liquidar su asignación de retiro, como lo prevé los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad. (Negrilla fuera del texto)

Finalmente, si bien en principio resultaría acertada la decisión que la entidad demandada emitiera en los actos demandados, pues se ajustan a los lineamientos del artículo 112 y 16 del Decreto 4433 de 2004, negando la inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante, la Sala confirmará la inaplicación del parágrafo del artículo 13 ibídem por considerar que es evidente su inconstitucionalidad e ilegalidad (...) ” (Negrilla fuera del texto).

Postura que ha sido reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá; entre otras, en sentencia de Sala Plena del 16 de agosto del 2018⁹ con ponencia del Magistrado **Félix Alberto Rodríguez Riveros** en la cual se ordenó incluir en la asignación de un soldado profesional la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro.

En caso de llegar a darse los presupuestos, el Juzgado tendrá en cuenta los planteamientos expuestos para resolver el presente asunto.

3.2.5. Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad

La figura de la «excepción de ilegalidad» se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.

Esta potestad del juez de lo contencioso se deriva del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición

⁹ Sentencia del 16 de agosto del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala Plena Expediente: 157593333002201600118-01; M.P Félix Alberto Rodríguez Riveros

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.».

Según lo señalado por el Consejo de Estado en reciente sentencia¹⁰:

“La figura de la «excepción de ilegalidad» es connatural a la decisión del Constituyente de poner en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad del actuar de la Administración Pública, y constituye una clara materialización de los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico.

En efecto, la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa es de rango constitucional: sobre el particular, los artículos 236 a 238 atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función”.

El ordenamiento jurídico en Colombia supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. En diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. El artículo 4º de la Constitución señala: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. De la propia Carta se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. A esta conclusión se arriba de la lectura de distintas disposiciones, entre otras, aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone *“promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento” (numeral 10º), y “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (numeral 11º).*

El Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada al referirse a la jerarquía de la ley enseñó:

“Asimismo, en virtud de los principios de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Por lo tanto, las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular, en aras de lograr la «coherencia interna» del sistema jurídico”.

De la citada jerarquía normativa de nuestro sistema legal, necesariamente se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas, de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Es por tanto plausible que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, sean implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas; en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso ostenta la facultad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, de conformidad con el artículo 148 del CPACA ya citado.

¹⁰ Sentencia con radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) del 18 de Julio de 2018 CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

Sobre la excepción de ilegalidad señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000:

"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional."

De otro lado, cuando se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la producción de sus efectos por contrariar la Constitución Política. Dicha figura tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-122 de 2011, en la que se señaló:

"La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."(...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución."

Ahora bien, para efectuar dicha inaplicación, esta debe llevarse a cabo en respuesta a una solicitud del demandante o el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio, pero sus efectos son inter partes y siempre sobre la base de una argumentación sólida que evidencie el flagrante desconocimiento de preceptos constitucionales y legales.

Así las cosas, de la manera como se refiere en el recuento jurídico realizado en precedencia, de darse los presupuestos, así se dispondrán en la parte resolutive de esta providencia, especialmente, en cuanto a la inaplicación por inconstitucionalidad e ilegalidad del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 del 2014.

4. Caso Concreto

El Despacho encuentra acreditado en las presentes diligencias lo siguiente:

- Que el señor **LUIS FERNANDO PEREZ LOPEZ** prestó el servicio militar como soldado regular del Ejército Nacional desde el 3 de marzo de 1995 desarrollando su

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

- servicio obligatorio e ingresó como soldado voluntario el 16 de septiembre de 1996 (fl 30)
- Que a partir del 1º de noviembre de 2003 cambió su condición de soldado voluntario a soldado profesional condición con la que obtuvo el retiro para tener derecho a la asignación por tal situación jurídica.(fl. 30).
 - Que mediante Resolución N° 6537 del 20 de septiembre del año 2016, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, ordena el reconocimiento de la asignación de retiro del señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, efectiva a partir del 15 de octubre de 2016. (fls. 14 y 15)
 - Que la parte actora el día 21 de abril de 2017 solicitó a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, la reliquidación de su asignación de retiro para que se le incluyera el **60% del salario mínimo legal vigente y no el 40% como lo hizo la demandada**, además que se tenga en cuenta el 100% de la partida de subsidio Familiar y la duodécima parte de su prima de navidad. (fls. 16 a 21).
 - Que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante consecutivo N° 0024365 del 11 de mayo del 2017, niega la solicitud del accionante. (fls. 22 y 23).
 - Que la parte demandante el 18 de mayo del 2017 presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra del consecutivo N° 0024365 del 11 de mayo del 2017, ante lo cual, la accionada mediante oficio N° 0034872 del 22 de junio del 2017, le informa que contra dicho documento no procede recurso alguno al tratarse de un auto de trámite (fls. 24 a 26)
 - Que la parte actora en servicio activo percibió el **subsidio familiar** en un porcentaje del 4% del sueldo básico más lo recibido por prima de antigüedad (fl. 30).
 - Igualmente, se encuentra acreditado que de acuerdo a lo normado en el artículo 5 del decreto 1794 del 2000, el demandante durante el tiempo que estuvo en servicio activo devengó la **prima de navidad en equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad**.
 - Que el demandante se encuentra casado con la señora **YULY ANDREA ACEVEDO GONZALEZ**, con quien tiene dos hijos menores de edad, según consta en la Resolución N° 6537 que reconoció su asignación de retiro (fl. 28).
 - Que el auto admisorio de la demanda le fue notificado a la demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, el día 7 de marzo del 2018 (fl. 44)
 - Que mediante Resolución N° 7899 del 20 de marzo del año 2018, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, efectiva a partir del 15 de octubre de 2016. Así mismo, ordenó el pago de los valores que resultaran del incremento del 20% de la partida computable del sueldo básico sobre

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

las mesadas causadas a favor del demandante a partir del 15 de octubre de 2016 por el rubro de asignaciones de retiro (fls. 67 y 68).

- Certificación expedida por -CREMIL- el 11 de octubre del 2018, donde consta el valor de la asignación de retiro del demandante y sus incrementos para los años 2016, 2017 y 2018 (fl. 100).
- Oficio No. 0007534 del 9 de octubre del 2018, mediante el cual se informan los porcentajes tenidos en cuenta al momento de reconocer la asignación de retiro del demandante, y el reajuste originado por la resolución No. 7899 de 2018 (fls. 101 y 102).
- Copia del comprobante de pago de septiembre del 2018, expedido por parte de -CREMIL-, donde consta que la asignación de retiro se liquidaba tomando como factor el salario incrementado en un 40% (fl. 105)
- Copia del comprobante de pago de octubre del 2018, expedido por parte de -CREMIL-, donde consta que la asignación de retiro se liquida tomando como factor el salario incrementado en un 60% (fl. 106)

De lo anterior se logra establecer, que a través de la resolución No. 6537 del 20 de septiembre del 2016 la entidad demandada reconoció a favor de la parte actora asignación de retiro de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 en cuantía de:

- Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario (fl. 31).
- 38.5% de la prima de antigüedad estimada del 70% del salario básico incrementado en un cuarenta por ciento (40%) y no del 100% del salario básico incrementado en un sesenta por ciento (60%) (fl. 31).
- 30 % del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1162 del 2014. (fl. 31).
- Sin embargo, en marzo del año 2018 la demandada ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro (fl. 67 y 68).

No obstante lo anterior, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, con posterioridad a la notificación de la presente demanda expidió la Resolución No. 7899 del 20 de marzo del 2018, en la cual establece que la asignación de retiro se liquida tomando como factor el salario mínimo incrementado en un 60%, lo cual materializa a partir del mes de octubre del 2018, donde se observa que la asignación se determina tomando como factores: el 70% del salario mínimo incrementado en un 60% como ordena el inciso 2 del artículo 1 del decreto 1794 del 2000, el 38.5% de la prima de antigüedad estimada del 100% del salario mínimo incrementado en el 60%, y el 30% del subsidio familiar. Y solo canceló el retroactivo correspondiente al año 2018 (fl. 106).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

Con dichos elementos de juicio corresponde al Despacho entrar a pronunciarse de forma concreta frente a las pretensiones de la demanda.

❖ **Sobre el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente incrementado en el 60% y no solo el 40%.**

Sobre este punto de acuerdo con la hoja de servicios se encuentra que el señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, ingresó al Ejército Nacional en calidad de *soldado regular* desde el 3 de marzo de 1995 al 31 de agosto de 1996; como *soldado voluntario* del 16 de septiembre del 1996 al 31 de octubre del 2003, y en virtud del Decreto 1793 de 2000, fue incorporado como *soldado profesional* a partir del 1 de noviembre de 2003, acogiéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 donde perduró hasta el 15 de julio del 2016; luego estuvo en el periodo de *Tres Meses de Alta* hasta el 15 de octubre del año 2016 y a partir de dicha fecha se le reconoció la asignación de retiro (fls. 28 a 30)

Según la certificación de nómina del mes de octubre del año 2003, el demandante devengó como salario un salario mínimo legal mensual vigente más incremento de un 60%, esto es la suma de **\$531.200**. (fl. 32).

Así mismo, según la certificación de nómina del mes de noviembre del año 2003, el demandante devengó como salario un salario mínimo legal mensual vigente más incremento de un 40%, esto es la suma de **\$464.800**. (fl. 33).

Igualmente se encuentra probado con la certificación suscrita por el responsable del área de Atención al Usuario de la entidad demandada, que inicialmente su asignación de retiro fue liquidada teniendo en cuenta como una partida computable un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un **40%**, esto es la suma de **\$1.032.804**. (fl. 31).

En consecuencia, el Despacho encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, toda vez que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia analizada, se advierte que el demandante conservó el beneficio salarial de *soldado voluntario*, por lo cual, tiene derecho a que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** reajuste su asignación de retiro, aplicando el porcentaje señalado en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, **esto es, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%**; situación que cabe decir no trasgrede el principio de inescindibilidad normativa a la luz de sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016¹¹, postura reiterada por dicha corporación; entre otras, en sentencias del 9 de marzo de 2017¹² y del 17 de mayo de 2018¹³.

No obstante, el Juzgado encuentra que la entidad demandada allegó copia de la Resolución No. 7899 del 20 de marzo del 2018 a través de la cual ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del accionante y

¹¹ sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 85001333300220130006001 expediente (3420-2015) CE-SUJ2-003-16

¹² Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 9 de marzo de 2017 magistrado ponente William Hernández Gómez, radicación número 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14)

¹³ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 17 de mayo de 2018 magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número 15001-23-33-000-2014-00179-01(1849-17)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

dispuso el pago de los valores resultantes sobre las mesadas causadas desde cuando se le reconoció el derecho (fl. 67 y 68), y se allegó comprobante de pago donde se da cuenta que se re liquidó la asignación de retiro del demandante tomando como factores: el 70% del salario mínimo incrementado en un 60%, el 38.5% de la prima de antigüedad estimada del 100% del salario mínimo incrementado en el 60%, y el 30% del subsidio familiar. Y cancelando la suma de \$1.627.029 de retroactivo que según la parte demandante corresponde al periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018 (fls. 104 y 105)

Por lo cual, es evidente que **-CREMIL-** realizó el reajuste pretendido en la demanda sobre este punto, con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016¹⁴ (fls. 67 y 68), al reliquidar la asignación del demandante teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, con incidencia en las demás partidas como se observa a folio 106, **lo que conllevaría** a que el Despacho negara su reconocimiento, pues nos encontramos en un proceso declarativo y al haberse materializado el derecho en sede administrativa, perdería efectos prácticos una orden tendiente a su reconocimiento.

Sin embargo, de acuerdo al artículo 95 del C.P.A.C.A., "(...) *La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.* (...)" lo cual, no se presentó en este caso, pues la demanda le fue notificada a **-CREMIL-** el 7 de marzo del 2018 (fl. 44) y la Resolución No. 7899 que reconoce el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del demandante se expidió el 20 de marzo del 2018 (fl.67), conllevando a que se deba acceder a la pretensión de reconocer el incremento salarial del 20% para completar el salario base como partida computable en la asignación de retiro del demandante, **sin embargo, teniendo en cuenta que se incluyó el porcentaje del 20% del salario con efectos en la asignación de retiro del demandante en la nómina de octubre del 2018 y se pagó parte de su retroactivo (fls.104 a 106), se dispondrá que la entidad demandada al momento de realizar la reliquidación que se ordene, descuente los dineros originados en dichos incrementos y que han sido sufragado.**

- ❖ **En lo atinente a que la entidad demandada para determinar la asignación de retiro del demandante, interpretó en forma errónea el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad, el despacho encuentra lo siguiente:**

Al respecto, la parte demandante fundamenta esta petición en que la entidad demandada para determinar el monto de la asignación del demandante aplica un doble descuento a la prima de antigüedad, pues, en un primer momento le saca el 38:5% a dicho concepto y luego aquel rubro lo adiciona al 100% del sueldo básico, para luego sacar el 70%. Lo que

¹⁴ sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 85001333300220130006001 expediente (3420-2015) CE-SUJ2-003-16

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

según su criterio implica un doble descuento que desconoce el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000, lo cual afecta el monto de la asignación de retiro del señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**.

En lo que atañe a lo expuesto por la parte demandante se tiene que: Mediante Resolución No. 6537 del 20 de septiembre de 2016 el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, indicando en el numeral 3º de la parte considerativa del referido acto administrativo:

"Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el militar arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro así:

- *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).*
- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y con el 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."*

Lo señalado en la parte motiva fue ordenado en el artículo 1º de la resolución referida. De conformidad con lo considerado y ordenado por la entidad demandada en la citada Resolución puede el Despacho señalar que el acto administrativo referido atiende los parámetros establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, se establece que el monto de la asignación de retiro del demandante debe determinarse tomando el 70% del salario básico mensual y a ésta suma se le adiciona el 38,5% de la prima de antigüedad para luego cumplir con lo dispuesto en el Decreto 1162 de 2014; con lo consignado en la resolución en cuanto a la manera de aplicar la prima de antigüedad para la liquidación de la asignación de retiro se zanja el camino para evitar interpretaciones distintas del artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, de acuerdo a la hoja de servicios del demandante de fecha 8 de agosto de 2016 que contiene las partidas computables en la asignación de retiro del demandante (fl. 30) se advierte que no le asiste razón al demandante, pues no se afecta doblemente la prima de antigüedad, como refiere en la demanda;

Veamos;

La asignación de retiro le fue reconocida al demandante a partir del 15 de octubre del 2016 (14 vto) y para dicho año el salario mínimo ascendía a la suma de **\$ 689,455**:

Como partidas computables de la asignación de retiro se tuvieron las siguientes, de acuerdo a la hoja de servicios del demandante de fecha 8 de agosto del 2016:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

PARTIDAS COMPUTABLES Y MONTOS	PORCENTAJES
Sueldo básico \$965.234	Equivalente al salario mínimo del año 2016 incrementado en un 40%.
Prima de antigüedad la suma de \$371.616.	Que debería corresponder al 38.5 % de dicho concepto, sin embargo después de hacer las operaciones respectivas, el Despacho encontró que corresponde a dicho porcentaje pero de la totalidad del sueldo básico tenido en cuenta para liquidar la asignación de retiro.
Subsidio familiar por la suma de \$180.982	Que corresponde al 30% de lo devengado en actividad por dicho concepto.

Por lo cual, se advierte que no se afectó doblemente la prima de antigüedad al momento de determinar el valor que correspondía tener como base por este concepto, en la determinación del monto de la asignación de retiro del demandante, por lo que no se ordenará la reliquidación en este punto específico; sin embargo se hace la precisión que el monto de dicho concepto debe reajustarse como consecuencia del incremento del 20% del salario básico mensual que se ordena tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro.

❖ **Lo relacionado con el Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del accionante**

Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente y las normas vigentes, se encuentra plenamente acreditado que el señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, devengó en servicio activo la partida **de Subsidio familiar** en un 4% del sueldo básico más lo percibido por prima de antigüedad (fls. 30), la cual generaba sustento para su familia, y que al momento de recibir su asignación de retiro, dicho factor salarial sólo se incluyó en un 30% (fl. 31).

Al respecto, de acuerdo a las normas citadas y los lineamientos jurisprudenciales referidos en precedencia, se evidencia un quebrantamiento del principio constitucional de la igualdad entre los miembros de la fuerza pública (oficiales y suboficiales, y soldados profesionales), que determinó la viabilidad de incluir el subsidio familiar como partida base para reconocer la asignación de retiro de los soldados profesionales, lineamiento plenamente acogido y reiterado el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 17 de mayo del 2018¹⁵ con ponencia del magistrado **Rafael Francisco Suárez Vargas**, y por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁶ en providencia del 28 de junio del 2018 con ponencia de la magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz

En ese orden de ideas, reitera el Despacho que la entidad demandada al omitir incluir el **100% del subsidio familiar** como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, infringió y desconoció el derecho a la igualdad. De

¹⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 17 de mayo de 2018 magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número 15001-23-33-000-2014-00179-01(1849-17)

¹⁶ Sentencia del 28 de junio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 150013333010201700006-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

tal modo, que los postulados del artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 imponen un trato diferenciado entre los integrantes de las fuerzas militares, esto es; los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, trato que no tiene justificación alguna, en tanto, son los soldados profesionales los destinatarios de la norma con mayor derecho, producto del riesgo al que se ven abocados día a día, y de la baja remuneración otorgada por la prestación de sus servicios.

En consecuencia siguiendo los lineamientos jurisprudenciales señalados en precedencia y en aplicación al principio de igualdad, resulta procedente la inclusión del 100% del subsidio familiar en la base de liquidación del actor, razón por la cual de forma oficiosa se inaplicarán en el caso en concreto el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y la expresión "*el treinta por ciento (30%) de dicho valor*" contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

Así, de conformidad con las certificaciones que obran a **folio 30**, el accionante percibió en servicio activo **el subsidio familiar en un porcentaje del 4% incrementado con el monto de la prima de antigüedad**, por ende éste concepto debe ser tenido en cuenta en su totalidad para reajustar su asignación de Retiro.

❖ **Lo relacionado con la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable de la asignación del accionante**

Sobre este punto de acuerdo a los lineamientos señalados en precedencia se encuentra probado por el Juzgado que de acuerdo al artículo 5 del Decreto 1794 del 2000, el demandante durante el tiempo en que estuvo en servicio activo devengó la **prima de navidad** en un equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad.

Por lo cual, se encuentra acreditado que existe vulneración del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales y no así, a oficiales y suboficiales, sin consignar ninguna razón de orden constitucional que justificara dicha discriminación.

En ese orden de ideas, el Despacho comparte de forma plena las razones señaladas en el acápite normativo y jurisprudencia¹⁷ de la prima de navidad, y advierte que el demandante tiene derecho a que la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"** reajuste su asignación retiro, teniendo en cuenta en la base de liquidación la **duodécima parte de la prima de navidad** señalada en el numeral 13.1.8 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004, razón por la que se inaplicará de forma oficiosa en el caso en concreto **el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004** precepto según el cual, únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial.

En consecuencia, el Despacho encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, toda vez que, de acuerdo con la normatividad y la

¹⁷ Entre otras, **Sentencia del 16 de agosto del 2018** Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala Plena Expediente: 157593333002201600118-01; M.P Félix Alberto Rodríguez Riveros

jurisprudencia analizada, se advierte que el demandante tiene derecho a que la demandada **-CREMIL-** le reliquide su asignación teniendo en cuenta la totalidad de partidas computables, los porcentajes respectivos y que al 31 de diciembre del año 2000 se encontraba como soldado y por tanto al momento de su retiro debía devengar como remuneración un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Ahora bien, antes de entrar a determinar la forma en la que se ordenará el restablecimiento del derecho que corresponda, es necesario establecer si la demanda es oportuna o extemporánea frente a la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda.

5. Prescripción

Al respecto debe recordarse que los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, regulan la prescripción estableciendo **un término cuatrienal**. Así las cosas, en este caso se observa que al demandante se le reconoció la asignación de retiro con efectos fiscales a partir del **15 de octubre del 2016** y la solicitud de reajuste de la asignación de retiro para que se le incluyera la totalidad de factores y se tuviera en cuenta como salario básico los porcentajes adecuados, fue presentada el **21 de abril del 2017**, por lo cual no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción. En razón a ello, se ordenará el reajuste de la asignación del accionante, con efectos fiscales **a partir del 15 de octubre del 2016**.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia se ordenará lo siguiente, en el *caso bajo examen*:
i) Se inaplicará por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y la expresión "*el treinta por ciento (30%) de dicho valor*" contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014; *ii)* se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio No. 0024365 del 11 de mayo de 2017 (fl. 22), y el oficio No. 0034872 del 22 de junio del 2017 (fl. 26), mediante los cuales la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** le negó al demandante la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de todos los factores y en los porcentajes correspondientes; *iii)* se ordenará a la entidad demandada reajustar la asignación de retiro del señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ, a partir del 15 de octubre del 2016** con efectos fiscales a partir de la misma fecha, aplicando como quedó señalado en la parte motiva el inciso 2 del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 para determinar el salario básico para luego determinar las diferentes partidas que hacen parte de la asignación de retiro, y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que se refiere a la prima de antigüedad, incluyendo además como partidas computables de la asignación de retiro ***el total de lo percibido en actividad como subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad***, conforme a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. **y como consecuencia del reajuste** se deben **PAGAR** las diferencias resultantes entre el valor cancelado y el que se debió cancelarse desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta que se efectúe la reliquidación; **(iv)** Así mismo, que se cancele la diferencia que resulte de la reliquidación ordenada en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

6. DE LAS EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las que denominó "*en cuanto al reajuste del 20% en la asignación de retiro*", "*inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

del soldado profesional”, “prescripción de mesadas según reajuste” y “no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares” (fls. 50 y 51) frente a las cuales, atendiendo las motivaciones realizadas en precedencia y las resultas del proceso se advierte que no tienen vocación de prosperidad, por lo cual el Despacho no realizará pronunciamiento adicional alguno.

7. **Aportes a Seguridad Social:** Finalmente, es del caso resaltar que sobre la reliquidación ordenada se ordena realizar los descuentos respectivos por aportes a seguridad social, siempre y cuando no se hayan efectuado dichas deducciones.¹⁸

8. **El ajuste al valor:** La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

9. **Los intereses:** Por último, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

10. **El cumplimiento de la decisión judicial:** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

11. Costas.

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

¹⁸ Sentencia del 26 de julio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 15238 3333 001 2017 00026-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2017-0184. Luis Fernando Pérez López

Demandado: -CREMIL-

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Finalmente advierte el Despacho que el que el abogado **SANTIAGO ANDRÉS SALAZAR HERNÁNDEZ**, el 6 de diciembre del 2018 allegó escrito renunciando al poder conferido por la entidad demandada (fl. 122 y ss), el cual, al ser observado se encuentra procedente al cumplir con las formalidades de que trata el artículo 76 del CGP, en razón a ello, se aceptara la renuncia pretendida. Teniendo en cuenta lo anterior, se insta a la entidad demandada para que designe nuevo apoderado que actúe en su nombre y representación en estas diligencias.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

Primero.- DECLARAR no probadas la excepciones denominadas: **"en cuanto al reajuste del 20% en la asignación de retiro"**, **"inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional"**, **"prescripción de mesadas según reajuste"** y **"no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares"**, propuestas por el apoderado de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Inaplicar por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y la expresión *"el treinta por ciento (30%) de dicho valor"* contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero.- Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios **Nos. 0024365 del 11 de mayo de 2017 (fl. 22 y 23) y EL OFICIO No. 0034872 del 22 de junio del 2017 (fl. 26)**, expedidos por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** por medio de los cuales, se negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante, como se indicó en precedencia.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento **ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- REAJUSTAR** la asignación de retiro del señor **LUIS FERNANDO PÉREZ LÓPEZ**, identificado con C.C. N° 8.039.041, a partir del 15 de octubre del 2016, con efectos fiscales a partir de la misma fecha, aplicando como quedó señalado en la parte motiva el inciso 2 del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 para determinar el salario básico para luego determinar las diferentes partidas que hacen parte de la asignación de retiro y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que se refiere a la prima de antigüedad, incluyendo además como partidas computables de la asignación de retiro ***el total de lo percibido en actividad como subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad***, conforme a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, y como consecuencia del reajuste se ordena **PAGAR** las diferencias resultantes entre el valor cancelado y el que se debió reconocer desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta que se efectúe la reliquidación.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
 2017-0184. Luis Fernando Pérez López
 Demandado: -CREMIL-

Quinto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** deberá **DESCONTAR**, las sumas correspondientes a aportes al Sistema de Seguridad Social.

Sexto.- Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Séptimo.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

Octavo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Noveno.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Décimo.- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Undécimo.- Por Secretaria y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Duodécimo.- **ACEPTAR LA RENUNCIA** presentada por el profesional del derecho **SANTIAGO ANDRÉS SALAZAR HERNÁNDEZ**, al poder conferido por la entidad demandada, por cumplir con las exigencias legales.

Decimotercero.- **INSTAR** a la entidad demandada para que designe nuevo apoderado que continúe representando sus intereses en estas diligencias.

Decimocuarto.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase,

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
 Juez