



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Veintitrés (23) de Abril de dos mil quince (2015)

**Medio de Control** : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante** : LUIS EDUARDO MESA LUNA  
**Demandado** : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Radicación** : 150013333009201400057 00

## I. MEDIO DE CONTROL

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., interpuesto por el señor **LUIS EDUARDO MESA LUNA** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones.

#### 1.1 Principales

- 1.1.1 Pretende el demandante que se declare la nulidad de los oficios No. 23905 de 24 de mayo de 2011 mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante y el Oficio No. 35553 de 27 de julio de 2011 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.
- 1.1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho de conformidad con la ley aplicable al presente caso. Finalmente solicita el pago indexado de los valores adeudados, así como el pago de los intereses de mora y se condene en costas a la parte demandada.

### 2. Fundamentos fácticos.

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

El demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 4 meses y 11 días inicialmente en condición de soldado regular; posteriormente el demandante fue aceptado como soldado voluntario estando regida su vinculación por la Ley 131 de 1985.

Asegura el demandante que por decisión del Ejército Nacional todos los soldados voluntarios pasaron a ser denominados soldados profesionales a

partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.

Refiere el demandante que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución No. 2829 de 23 de agosto de 2010.

### **3. Normas Violadas y Concepto de Violación.**

La apoderada de la parte demandante considera vulnerados los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, artículos 138, 159 a 195 de la Ley 1437 de 2011, artículo 10 de la Ley 4 de 1992, Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Al sustentar el concepto de la violación, afirma que la entidad demandada viola los artículos 25 y 53 de la Constitución al haber realizado una liquidación equivocada y desigual de la asignación de retiro.

Asegura que se desconocen los Decretos 1793 y 1794 de 2000 ya que ingresó al Ejército Nacional en condición de soldado regular entre los años 1989 a 1991, se desempeñó como soldado voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba ésta condición para el 31 de diciembre de 2000 y fue designado como soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, razón por la cual le eran aplicables las disposiciones de los mencionados decretos y en tal sentido la liquidación de la asignación de retiro se debió hacer teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

En lo que tiene que ver con la no inclusión del subsidio familiar manifiesta que resulta inconstitucional aplicar el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al dejar de incluirlo como partida computable para la asignación de retiro, motivo por el cual se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

## **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda inicialmente fue inadmitida mediante auto de **nueve (09) de abril de 2014** (FI 123), y admitiéndose posteriormente la demanda mediante providencia del **08 de mayo de 2014** (fls. 128-130).

Por auto del **quince (15) de enero de 2015** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día 30 de enero de 2015 (fl. 186). La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas, fijándose fecha para la Audiencia de Pruebas (CD fl 205).

La Audiencia de Pruebas se llevó a cabo el día **veinticinco (25) de marzo de 2015**, (CD fl 383), durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma.

### **1.- RAZONES DE LA DEFENSA.**

#### **1.1 CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (fls 143 a 147).**

La entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en su escrito de contestación se opuso a todas las pretensiones de la demanda, precisando que el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares se hacen de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Aclara que fue a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433, se dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro modificándose sustancialmente lo establecido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Asegura que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin posibilidad de incluir factores adicionales como por ejemplo el subsidio familiar razón por la cual no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó 1.- LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES, 2.- CARENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE, 3.- NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD y 4.- NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

## **2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.1 Parte demandante (fls 386 a 395)**

Dentro del término procesal respectivo el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión ratificando los fundamentos de hecho y de derecho plasmados con la presentación de la demanda.

### **2.2 Ministerio Público**

La delegada del Ministerio Público guardó silencio.

### **2.3 Entidad demandada**

La entidad demandada guardó silencio.

## **IV. CONSIDERACIONES.**

### **1. Problema Jurídico.**

La controversia se contrae a determinar: 1°. Si es procedente ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional, conforme al inciso segundo del artículo primero del Decreto Ley 1794 de 2000 y no conforme al inciso 1 del mencionado artículo y 2°. Si es procedente la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional, incluyendo la partida de subsidio familiar.

### **2. Argumentación normativa y jurisprudencial.**

**2.1 De las disposiciones legales para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales.**

La Ley 131 de 1985 mediante la cual se dictan normas sobre el servicio militar obligatorio, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario, en lo relacionado con la remuneración a las personas que presten el servicio militar voluntario, estableció:

*“Artículo 2°.- 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 (...).”*

*“Artículo 4°.- El que preste el servicio militar devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto (...).” (Subrayas Fuera de texto).*

Posteriormente a través de la Ley 578 de 2000, se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar el régimen de los soldados voluntarios y es precisamente en desarrollo de tales facultades que se expide el Decreto 1793 de 2000 por medio del cual se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, indicando:

*“Artículo 5°.- Selección. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

*En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

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

Y respecto del ámbito de aplicación de las mencionadas disposiciones en el artículo 42 ibídem, expresó:

*“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.”*

A su turno el Decreto 1794 de 2000 respecto a la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales, indicó:

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

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%). (Subrayas fuera de texto)*

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

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

Frente al tema de la aplicación del Decreto 1794 de 2000 a efectos de calcular la base a tener en cuenta para la liquidación de los soldados voluntarios vinculados conforme a la Ley 131 de 1985 y que posteriormente en el año 2000 pasaron a ser soldados profesionales, la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia de 17 de octubre de 2013<sup>1</sup>, en un caso de contornos similares al aquí debatido, indicó:

*“(…) El accionante alegó que el Tribunal en la providencia censurada afirmó que a él le aplicaba íntegramente el Decreto 1794 de 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales del Ejército Nacional, pero que, en síntesis, inaplicó el inciso 2° del artículo 1° de esa norma.*

*En éste punto le basta a la sala con verificar el contenido de la norma que se alega inaplicada y los fundamentos de la providencia censurada ya analizados, para concluir que, en efecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, con sentencia de 24 de mayo de 2012, si bien transcribió la norma a folio 11 del fallo, no tuvo en cuenta su contenido y además inexplicablemente concluyó que el interés del actor era el de obtener la aplicación simultánea de dos regímenes (...).*

*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, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y por ello previó que solo en ese evento, el salario mínimo que los 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 prestado 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” (...)*

*Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en una irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación, según*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Rad: 11001-03-15-000-2012-01189-01, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013)

*la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Cabezas Quiñones (...).* (Subrayas y negrilla fuera de texto).

De la normatividad anterior se puede concluir que si bien es cierto a los soldados profesionales se les calcula su asignación de retiro tomando como base un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, también es cierto que tanto el inciso 2° de artículo 1° del Decreto 1794 como el parágrafo del artículo 2° ibídem, contempla una prerrogativa para los soldados que venían vinculados con anterioridad al 31 de diciembre del 2000 en virtud de la Ley 131 de 1985, es decir, en calidad de soldados voluntarios, a quienes se les mantendrá como retribución del servicio un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta (60%).

## **2.2 Del subsidio familiar como partida computable en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.**

El subsidio familiar desde el punto de vista legal está orientado a garantizar y mejorar la calidad de vida del núcleo familiar de la persona beneficiaria de éste subsidio, en la medida en que propende por un modo de vida digna especialmente a los trabajadores con menores ingresos.

En tratándose del subsidio familiar para los soldados profesionales este fue creado mediante el entonces vigente Decreto 1794 de 2000 en el siguiente sentido:

*“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 por ciento) 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.”*

El artículo 11 antes citado fue derogado por el Decreto 3770 de 2009, no obstante estableció que los Soldados profesionales que a la fecha de entrada en vigencia del mencionado decreto estén percibiendo el subsidio familiar, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

A su turno el Decreto 4433 de 2004, fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

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

### 13.2 Soldados Profesionales:

*13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*

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

*PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (Subraya fuera de texto).*

El mismo Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en su artículo 16 dispuso lo siguiente:

**“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”.*

### 3. Argumentación y valoración probatoria

#### De lo probado en el proceso.

- Copia Mediante Resolución No. 2829 de 23 de agosto de 2010, La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional ® del ejército LUIS EDUARDO MESA LUNA (fls 157 a 158).
- Copia de la Hoja de Servicios donde se establece que el señor LUIS EDUARDO MESA LUNA devengó subsidio familiar (FI 209).
- Copia de la Hoja de Servicios donde se establece que el señor LUIS EDUARDO MESA LUNA, ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 22 de marzo de 1990 hasta el 31 de octubre de 2003 fecha a partir de la cual se incorporó como Soldado Profesional (fl 209).

#### 4. Caso concreto.

Respecto del primero de los problemas jurídicos planteados esto es, si resulta procedente ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del señor LUIS EDUARDO MESA LUNA, conforme al inciso segundo del artículo primero del Decreto Ley 1794 de 2000 y no conforme al inciso 1 del mencionado artículo y en consecuencia.

En el caso concreto se encuentra probado conforme a la hoja de servicios del señor LUIS EDUARDO MESA LUNA vista a folios 213 y 213 vto., que se vinculó como soldado voluntario el 22 de marzo de 1990, es decir, con anterioridad al 31 de diciembre de 2000; igualmente se encuentra probado que pasó a ser soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003, razón por la que le es aplicable lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 “(…) quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.

Así las cosas, las pretensiones en éste punto tienen vocación de prosperidad, razón por la cual la Caja de retiro de las Fuerzas Militares deberá reliquidar la asignación de retiro del demandante teniendo para ello como base un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el segundo problema jurídico fijado, esto es, si resulta procedente incluir la partida subsidio familiar para efectos de

reliquidar la asignación de retiro del señor LUIS EDUARDO MESA LUNA, observa el Despacho que de conformidad con las pruebas allegadas en el curso del presente proceso, se encuentra probado que el demandante se retiró el día 29 de septiembre de 2010 en el grado de Soldado Profesional del Ejército Nacional, siendo beneficiario de la asignación de retiro en la que únicamente se le incluyó como partidas computables, el sueldo y la prima de antigüedad.

En primera medida dirá el Despacho que el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 establece el control por vía de excepción en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos.

***“Art.- 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 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 solo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.***

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares y de manera específica previó ciertas partidas para los oficiales y suboficiales, así como para los soldados profesionales; sin embargo no incluyó el subsidio familiar dentro de las partidas computables para los soldados profesionales.

Frente a este punto en particular considera el Despacho que en efecto la disposición mencionada, esto es, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferenciado de manera injustificada, puesto que no incluye como partida computable el subsidio familiar respecto de los soldados profesionales mientras que si la incluye en la liquidación de los oficiales y suboficiales, sin que se encuentre alguna razón válida para dicha exclusión.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho encuentra que tal circunstancia constituye un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política, pues si bien es cierto, existen condiciones diferenciales entre los grados citados, pues estos cuentan con autoridad, requisitos y atribuciones diferentes que generan remuneraciones salariales y prestacionales disímiles, también lo es que el artículo 13 superior establece que el Estado tiene la obligación de proteger a la persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta brindando un trato diferencial y positivo procurando con esto la garantía de los fines del Estado Social de Derecho.

En tal sentido, el Consejo de Estado en sentencia de 17 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez<sup>2</sup>, estudió el trato discriminatorio dado a los soldados profesionales con relación al subsidio familiar; en la referida providencia se precisó:

*“(…) 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.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp: 11001-03-15-000-2013-01821-00. CP: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ.

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

Así pues, a la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que 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 (...) (Subrayas fuera de texto).

En reciente jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 28 de abril de 2014<sup>3</sup> indicó:

“Para la Sala no es de recibo entonces, el argumento esbozado por la entidad demandada para negar la inclusión del subsidio familiar 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 (fl. 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 ibidem, 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; y además porque desdibuja la institución jurídica que la Constitución Política ha fijado como el núcleo fundamental de la sociedad, la familia.

La Sala, en atención de los principios plasmados en el precepto legal 103 de la Ley 1437 de 2011-CPACA patentizará la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, esto es, dará aplicación al artículo 4° del Ordenamiento Superior y al artículo 148 del CPACA, consistente en inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser inconstitucional e ilegal frente a los fines de la Ley 923 de 2004, por las siguientes razones:” (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, el Despacho inaplicará el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al caso concreto, por resultar contrario al ordenamiento superior, violatorio de los derechos y principios fundamentales contemplados en la Constitución Política que protegen al demandante, y contrario a la Ley 923 de 2004, razón por la cual se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, contenido en el oficio No. 23905 de 24 de mayo de 2011 y No. 35553 de 27 de julio de 2011, expedido por la Caja de Retiro de las fuerzas Militares-CREMIL que negó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar y ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada reliquide la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta la partida de subsidio familiar con el porcentaje que tenía el actor al momento de su retiro del servicio activo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 1500133330120013301. Fecha: 28 de abril de 2014.

<sup>4</sup> En tal sentido en reciente providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 13 de junio de 2014 indicó: “(...) El Decreto 4433 de 2004, violentó completamente los objetivos de la ley que reglamenta y más que objetivos, se deben considerar principios fundamentales por cuanto se está tratando un tema tan primordial como es la asignación de retiro el similar a la pensión, la Corte Constitucional ha aclarado en cuanto al principio de igualdad no es darle a todos lo mismo, sino por el contrario, darle a cada quien lo que se merece, esto es, no puede ser lógico que el Gobierno retire la partida al subsidio familiar al mando más bajo de las fuerzas militares sin que signifique menospreciar su cargo, es decir el soldado profesional, se le aminore su derecho de retiro y en cambio a otros como los oficiales y suboficiales se les premie más que a un soldado profesional, no se quiere decir que éstos últimos cargos no tienen derecho. Si bien es cierto que el soldado profesional tiene requisitos y formación diferente a los oficiales y suboficiales, esto no significa que no tenga derecho a un subsidio familiar en su asignación de retiro, más aún, cuando este subsidio tiene como base fundamental el

Finalmente en lo que tiene que ver con la forma en que se debe calcular el valor de la asignación de retiro del demandante, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

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

Frente a éste punto la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 2014<sup>5</sup> indicó:

*“(..). En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo (...).”*

Así las cosas, el 70% se le aplica al salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, resultado al cual se le adiciona el 38.5 % de la prima de antigüedad, dando como resultado la asignación de retiro y no como erróneamente lo viene aplicando la entidad demandada, razón por la cual se ordenará que la liquidación de la asignación de retiro del demandante se haga en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

## 5.- Excepciones de fondo.

En el presente caso no prospera la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece un término prescriptivo cuatrienal.

La asignación de retiro fue reconocida el 23 de agosto de 2010, mediante la Resolución No. 2829. Se presentó derecho de petición ante la entidad demandada, el día 15 de abril de 2011 (fls 4 a 7), la cual fue resuelta

---

*bienestar y la seguridad del núcleo familiar, el cual es base de la sociedad, la Constitución y del pueblo colombiano (...).*  
(Subrayas fuera de texto)

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01.

negativamente mediante el oficio No. 23905 de 24 de mayo de 2011 (fls 8, 9) y confirmada mediante oficio No. 35353 de 27 de julio de 2011 (fls 14, 125).

Como quiera que se presentó petición con fecha 15 de abril de 2011, la misma interrumpió el término de prescripción por un periodo igual, esto es, hasta el 15 de abril de 2015, el demandante tenía la oportunidad de presentar la respectiva demanda, sin que prescribiera ninguna mesada de su asignación de retiro, lo cual efectivamente ocurrió con fecha 29 de noviembre de 2013. Por lo anterior, no hay lugar a declarar la prescripción de ninguna mesada de la asignación de retiro.

#### **6.- Costas.**

De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 que 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, se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del C.G.P., las que serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 de C.G.P.

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista por el numeral III del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el 0.5% del valor de las pretensiones de la demanda.

### **IV. DECISIÓN.**

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

#### **FALLA.**

**PRIMERO.-** Inaplicar por inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por vulnerar el principio constitucional de igualdad y el derecho a la familia, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO.-** Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios No. 23905 de 24 de mayo de 2011 y No. 35553 de 27 de julio de 2011, expedido por la Caja de Retiro de las fuerzas Militares-CREMIL, que negó la reliquidación de la asignación de retiro teniendo como ingreso base de liquidación un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, al igual que la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que tiene que ver con la forma de liquidar la asignación de retiro del demandante, así como la inclusión de la partida de subsidio familiar, de acuerdo con la parte motiva de ésta providencia.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor soldado profesional @ LUIS EDUARDO MESA LUNA identificado con C.C. 82007754, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es el 30 de septiembre de 2010, teniendo como ingreso base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), conforme la parte motiva de ésta providencia.

**CUARTO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor soldado profesional ® LUIS EDUARDO MESA LUNA identificado con C.C. 82007754, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es el 30 de septiembre de 2010, incluyendo el subsidio familiar como partida computable en el mismo porcentaje en que la venía percibiendo en actividad al momento de su retiro, conforme la parte motiva de ésta providencia.

**QUINTO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor soldado profesional ® LUIS EDUARDO MESA LUNA identificado con C.C. 82007754, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es el 30 de septiembre de 2010, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, que la asignación de retiro se obtiene de aplicarle el 70% al salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuyo resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad e incluyendo el subsidio familiar como partida computable, conforme la parte motiva de ésta providencia.

**SEXTO.-** Declarar no prospera la excepción de prescripción.

**SÉPTIMO.-** Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática 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 ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

**OCTAVO.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO.-** Condénese en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**DÉCIMO.-** Fijese como agencias en derecho la suma del 0.5% del valor de las pretensiones de la demanda.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor y expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar merito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 del C. G. P. aplicable expresa remisión del art. 306 del C.P.A.C.A. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**FERNANDO ARIAS GARCÍA**  
**JUEZ**

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 2014-00057