



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL

Yopal – Casanare, veintiocho (28) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Ref.:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Reajuste del 20% del salario y prestaciones de un soldado voluntario, de conformidad con los Decretos 1793 y 1794 del 2000; Reliquidación Asignación de Retiro Decreto 4433 de 2004 – Inclusión Subsidio Familiar; Sentencia de Unificación Consejo de Estado.

Demandante: JHON PEÑUELA ROJAS.

Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL".

Radicación: 85001-33-33-002-2015-00188-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

JHON PEÑUELA ROJAS a través de apoderada judicial instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", solicitando a esta jurisdicción que mediante el proceso contencioso administrativo de rigor se acceda a sus pedimentos que se contraen al reajuste salarial y prestacional (teniendo como base el SMMLV incrementado en un 60%) del ex soldado profesional, igualmente al encontrarse como beneficiario de su asignación de retiro solicita que se liquide en debida forma dicha prestación con los porcentajes (teniendo como base el SMMLV incrementado en un 60%) y partidas establecidas en la Ley, incluyendo en la misma el subsidio familiar devengado en servicio activo.

PRETENSIONES:

Solicita el actor en el libelo de forma textual:

"PARTE DECLARATIVA

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 790113 de fecha 29 de septiembre de 2014, consecutivo 2014-75695, a través del cual **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, le niega al actor la inclusión del subsidio familiar como factor computable dentro de su asignación de retiro, y la reliquidación y reajuste de la referida prestación en los términos ordenados por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

2. Que se inaplique por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar los principios constitucionales consagrados en los artículos 13 y 42 de la Carta Política de 1991 y por el desconocimiento de los parámetros consignados en la Ley 923 de 2004.

3. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Radicado No. 20145660977601:MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de fecha 15 de septiembre de 2014, a través del cual **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** negó al actor el reconocimiento y pago del detrimento salarial y prestacional del veinte por ciento (20%) del cual fue objeto al pasar de soldado voluntario a profesional a partir del mes de noviembre del año 2003 y hasta la fecha en la que éste fue retirado de la actividad militar tras más de veinte (20) años de servicio por tener derecho a asignación de retiro (y o pensión por tiempo cumplido).

4. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 797817 del 28 de octubre de 2014, consecutivo 2014-83399, a través del cual **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, le niega al actor el reconocimiento y pago del detrimento salarial y prestacional del veinte por ciento (20%) del cual fue objeto mi prohijado al pasar de soldado voluntario a profesional en el mes de noviembre del año 2003, y como consecuencia de lo anterior, el respectivo reajuste y reliquidación de su asignación de retiro, en lo que respecta a lo consignado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

PARTE CONDENATORIA.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y en aplicación a los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo, de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley, y de la condición más beneficiosa, solicito que a **TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se condene a las entidades demandadas **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** - y - **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** a lo siguiente, y en los siguientes términos:

A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA:

1. Al reconocimiento y pago indexado a favor del actor de la diferencia que resultare del **detrimento salarial y prestacional del veinte por ciento (20%) mensual** del cual fue objeto el ex soldado por errónea aplicación del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; reconocimiento y pago que se hará efectivo **a partir** del 1º del mes de noviembre del año 2003 y **hasta** la fecha en la que el actor fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la Asignación de retiro.

2. Al reconocimiento y pago a favor de la parte actora, del ajuste del valor sobre las sumas debidas y los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber, de conformidad con las tablas del índice de precios al consumidor certificado por el DANE - ingresos medios empleados, y los intereses moratorios atendiendo a los criterios de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia, contenidos en las Sentencias T-418 de 1996, C-188 de 1999 y T-001 de 1999.

3. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

4. Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo consagrado en los artículos 297 y 298 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (- Ley 1437 de 2011-).

A LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a lo siguiente:

1. A reliquidar y/o reajustar la Asignación de Retiro del señor soldado profesional @ JHON PEÑUELA ROJAS, reconocida mediante Resolución No. 3935 del 09 de Julio de 2012 y **a partir** de la fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional, conforme lo ordena el: artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el **inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, e incluyendo el subsidio familiar como factor de liquidación computable dentro de su Asignación de Retiro, condena que se impondrá atendiendo a los siguientes aspectos:

a) La Asignación Básica del actor deberá ser incrementada acorde con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; es decir, aplicando el salario mínimo legal vigente incrementado en un **sesenta por ciento (60%)**, incremento que se realizará a partir de la fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional.

b) Deberá darse estricta aplicación a lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de aplicar el 70% de la Asignación Básica (Salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%), más el 38.5% de la Prima de Antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, e incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo de la Asignación de retiro del actor, reliquidación que se realizara a partir de la fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional.

c) Deberá incluirse el SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, inclusión que se realizara a partir de la fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional y en el mismo porcentaje.

2. Al reconocimiento y pago a favor del actor de las sumas resultantes por concepto de la anterior reliquidación y/o reajuste; dineros que se reconocerán **desde** el 09 de Julio de 2012, fecha en la cual le fue reconocida la Asignación de retiro al actor a través de la Resolución No. 3935, y **hasta** que se realice el pago de lo debido.

3. Al reconocimiento y pago a favor de la parte actora, del ajuste del valor sobre las sumas debidas y los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber, de conformidad con las tablas del índice de precios al consumidor certificado por el DANE - ingresos medios empleados, y los intereses moratorios atendiendo a los criterios de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia, contenidos en las Sentencias T-418 de 1996, C-188 de 1999 y T-001 de 1999.

4. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

5. Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo consagrado en los artículos 297 y 298 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (- Ley 1437 de 2011-)."

ANTECEDENTES:

Narra en la demanda que el señor Jhon Peñuela Rojas, se desempeñó como soldado al servicio de Ejército Nacional durante 20 años, 1 mes y 28 días, interregno donde parcialmente ostentó la calidad de "Soldado Voluntario"; refiere que con la expedición del Decreto 1794 de 2000, todos los soldados fueron incluidos a un nuevo régimen

salarial y prestacional, en el cual se denominaron "Soldados Profesionales"; sin embargo, advierte que la errónea aplicación y/o interpretación de la aludida norma conllevó a que se generara un detrimento salarial y prestacional, ya que el Ejército Nacional le disminuyó su asignación básica a un salario mínimo incrementado en un **40%** del mismo salario, pese a que el Decreto 1794/00 había establecido la prerrogativa de mantener el aludido **60%**, a aquellos soldados profesionales que a 31 de Diciembre del 2000, ostentaran la condición de Soldados Voluntarios.

Señala que durante el tiempo en que permaneció en servicio activo como soldado del Ejército Nacional, percibió subsidio familiar.

Advierte que el demandante fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la Pensión, motivo por el cual se profirió Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012, ordenando el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro; sin embargo, resalta que dentro de la liquidación de dicha prestación no se le tuvo en cuenta su asignación básica incrementada en un 60%, ni tampoco se incluyó el subsidio familiar como partida computable, irregularidades que van en contravía con sus derechos adquiridos.

Aunado a lo anterior, destaca que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", no está acatando para efecto de liquidación de la Asignación de Retiro, la disposición legal contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que ha venido aplicando un doble porcentaje a la prima de antigüedad, lo cual implica una disminución importante en la consolidación final del monto de la asignación de retiro.

Acorde con lo anterior, señala que el 9 de Septiembre de 2009 el hoy demandante a través de apoderada judicial solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", la inclusión de la partida del subsidio familiar como factor computable dentro de su asignación de retiro, e igualmente la reliquidación y/o reajuste de dicha prestación en los términos estipulados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. Ibídem; como respuesta a dicha petición la entidad requerida se pronunció de forma negativa a través del Oficio No. 790113 del 29 de Septiembre de 2014 (consecutivo 2014-75695).

Por otro lado, el actor mediante memorial de fecha 9 de Septiembre de 2014, radicado ante el Ejército Nacional, solicitó el reconocimiento y pago del 20% a partir del 1º de Noviembre de 2003 y hasta la fecha en que fue retirado del servicio por tener derecho a la Asignación de Retiro; petición que fue negada por la entidad

requerida a través de Oficio No. 20145660977601 de fecha 15 de Septiembre de 2014.

Finalmente refiere que el mismo 9 de septiembre de 2014, también se radicó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", memorial solicitando el reconocimiento y pago del 20% y como consecuencia de lo anterior, el respectivo reajuste y reliquidación de su asignación de retiro, habida cuenta de la inaplicación para este caso del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; dicha petición fue resuelta de forma negativa mediante oficio No. 797817 del 28 de Octubre de 2014, consecutivo 2014-83399.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Cita como normas violadas las siguientes:

- Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 25, 42 y 53 de la Constitución Política.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992.
- Decreto 1794 de 2000.
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 4433 de 2004.
- Decreto 3770 de 2009.

En el concepto de violación esboza la posible transgresión de los artículos de la Carta Magna y de las leyes que mencionó con antelación, concretizando que los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad, respecto de tres aspectos en particular:

a) Aduce que a 31 de Diciembre de 2000, el hoy demandante ostentaba la calidad de soldado voluntario, razón por la cual era acreedor a la prerrogativa contemplada en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en el sentido de devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; sin embargo, advierte que desde la fecha en que se le denominó como soldado profesional, se le disminuyó su asignación mensual en un 20%, contrariando principios y normas, tanto constitucionales como legales; en consecuencia de lo anterior, estima que se debe proceder a reliquidar su salario y prestaciones sociales desde el 1º de Noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del servicio, teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Corolario de lo anterior, advierte que al tener derecho a la modificación en el monto de su asignación básica dentro de la relación laboral desarrollada con el Ejército Nacional, también se le debe aplicar dicho incremento a su Asignación de Retiro, por lo cual solicita igualmente su reliquidación y/o reajuste en ese aspecto.

b) Sostiene que la Asignación de Retiro de los soldados profesionales se encuentra regulada en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004 donde establece claramente los factores y los porcentajes a tener en cuenta para su liquidación; sin embargo, considera que la entidad demandada está interpretando de forma errónea dicha norma en perjuicio de los intereses del accionante, ya que aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%; es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio al demandante; refiere que al aplicar en debida forma la fórmula establecida en la Ley, se debería tomar el 70% de la Asignación Básica (salario mínimo mensual legal vigente - incrementado en un 60%), más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional; lo anterior, a partir de la fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional.

c) Finalmente, aduce que también existe una evidente violación al derecho a la igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece que para el personal de las fuerza militares - Oficiales y Suboficiales se le liquidará su asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, bajo una serie de partidas, dentro de las cuales se encuentra el *Subsidio Familiar*, regulación que constituye una diferenciación totalmente injusta y desproporcionada ya que los Soldados Profesionales se encuentran en desigualdad de condiciones, en comparación con los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, a los cuales sí se les incluye como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar. En consecuencia de lo anterior, solicita que se debe inaplicar por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contrario a los artículos 13 y 42 de la Constitución Nacional, y desconocer los parámetros consignados en la Ley 923 de 2004; en este sentido y efectuada dicha declaración, se ordenará la inclusión de dicho factor como partida computable para la asignación de retiro del accionante.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda que dio origen al proceso contencioso fue recibida en la Oficina de Servicios Judiciales de esta ciudad el día 16 de Marzo de 2015, como consta a folio 55 vto. del cuaderno principal.

Sometida a reparto el mismo día de radicación, fue asignada a Estrado Judicial, siendo recibida por la Secretaría el 18 del mismo mes y año e ingresando al Despacho para proveer el 15 de Abril de 2015 (fls 57 y 58 c.1.).

Mediante proveído del 30 de Abril de 2015 (fls 59 y vto. c.1.), se dispuso que previo a pronunciarse sobre la admisión, inadmisión y/o rechazo de la demanda, a título de "*Petición Previa*" se ordena oficiar al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "*CREMIL*", en aras de que se sirvan certificar el último lugar de prestación de servicios del hoy accionante para determinar la competencia de este asunto.

Por auto del 5 de Junio de 2015 (fl 66 c 1), se dispuso requerir al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "*CREMIL*", con el fin de que dieran respuesta a los oficios expedidos por el Despacho relacionados con el último lugar de prestación de servicios del hoy accionante.

A través de auto del 26 de Junio de 2015 (fls. 69 y vto c.1.) se ADMITIÓ la demanda al considerar que reunía los requisitos mínimos formales requeridos por la norma.

Verificada la notificación personal del auto admisorio (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.), dentro de la oportunidad legal concedida, el ente demandado – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "*CREMIL*", constituyó apoderado y contestó la demanda, presentó prueba documental sin solicitar la práctica de otras, propuso excepciones de las cuales el señor Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 138 c.1.), sin que la parte actora efectuara manifestación al respecto, quedando así trabada la Litis.

Contestación de la demanda por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (fls 77 a 81 c.1).

La demandada se hace presente al escenario de la Litis, oponiéndose a las pretensiones planteadas en la demanda; refiriéndose sobre cada uno de los hechos narrados, formulando excepciones y fijando su posición jurídica en el siguiente sentido:

"CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR - PRIMAS (NAVIDAD), BONIFICACIONES, AUXILIOS, COMPENSACIONES Y/O DEMÁS, DEVENGADOS EN SERVICIO ACTIVO.

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

()

Al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Acreditación de un tiempo de servicios de 20 años.
- Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.
- Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar y demás primas y bonificaciones solicitadas.

Sobre este punto, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuales son las partidas que debe ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro (...)

De la norma anteriormente transcrita, se colige que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD de los actos demandados.

(..)

NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

(...)

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto se reitera **fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.**

Al respecto es preciso señalar que no le corresponde a esta Caja, 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, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los miembros de la Policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia; debiendo la Entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; sin embargo, es preciso señalar que el derecho a la igualdad, solo se predica entre iguales.

De los planteamientos expuestos se colige que la Entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos gozan de presunción de legalidad.

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO

El Decreto 4433 de 2004, establece:

"ARTICULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, se liquidará según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1. Oficiales y Suboficiales:

(..)

13.2. Soldados Profesionales:

13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000.

Del anterior aparte de la norma se puede deducir claramente que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º, del Decreto Ley 1794 de 2000, que habla solamente del incremento del 40%, no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente contrariando explícitamente la disposición normativa enunciada.

Ahora bien, es importante resaltar que Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una HOJA DE SERVICIOS, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituye en la pieza idónea e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad y en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto ley 1211 de 1990 (.)"

Otras actuaciones:

Con auto del 4 de Marzo de 2016 (fls 140 y 141 c 1) se dispuso tener por contestada la demanda por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" y se reconoció personería a su apoderado judicial; igualmente, se tuvo por NO contestada la demanda por parte de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL; finalmente y conforme al artículo 180 del CPACA dispuso convocar a la práctica de **AUDIENCIA INICIAL** señalando fecha y hora para la misma.

El día 9 de Junio de 2016 (fls 158 a 162 c 1), se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, procedencia de la conciliación, fijación del litigio, decreto general de pruebas; y fijación de Fecha y Hora para Audiencia de Pruebas.

Por auto del 22 de Agosto de 2016 (fl. 170 c.1), se accedió al aplazamiento de la Audiencia de Pruebas a solicitud de la apoderada de la parte actora, procediendo a fijar nueva fecha.

El día 21 de Noviembre de 2016 (fls. 172 a 174 c 1.), se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** que básicamente giró alrededor de recaudo e incorporación de pruebas documentales decretadas a petición de la parte actora y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de Alegatos y Juzgamiento. Con base en el inciso final del artículo 179 del CPACA y en concordancia con el artículo 181 ibídem, se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de Audiencia de Pruebas y en consecuencia, ordena a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls 185 a 190 c 1).

La apoderada judicial del demandante reitera la misma argumentación expuesta en el libelo de la demanda, respecto a los ítems que considera afectan la legalidad de los actos administrativos acusados, los cuales se recuerda son: a) El monto del salario mensual del accionante y la afectación de sus prestaciones sociales durante su relación laboral, al no haberse tenido en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 (trae a colación la sentencia de unificación expedida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado – ponencia de la Dra Sandra Liseth Ibarra Vélez); consecuencia de lo anterior, refiere que la base de liquidación de la Asignación de Retiro se vería igualmente afectada, motivo por el cual considera procedente tener en cuenta el aludido incremento para efectos de la liquidación de dicha prestación; b) La correcta aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004, la cual establece que la asignación de retiro equivaldrá al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. del mismo estatuto, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad; y c) El respeto al derecho a la igualdad, con el fin de incluir el subsidio familiar como factor para liquidar la asignación de retiro del accionante, para lo cual se solicita se inaplique el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433/2004, por ser contrario a los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional.

Del Ministerio Público: (fls. 191 - 202 c 1).

El Procurador Judicial Administrativo delegado ante este Estrado, presenta escrito conceptual realizando una sinopsis de las pretensiones y hechos de la demanda, y de la posición de la entidad

demandada; acorde con lo anterior, efectúa las siguientes consideraciones:

"Se encuentra debidamente probado dentro del expediente la condición de soldado profesional del demandante JHON PEÑUELA ROJAS, a quien además mediante la resolución 23935 del 09 de Julio de 2012 le fue reconocida la asignación de retiro, por haber prestado sus servicios a la Fuerza durante un tiempo de 20 años, 1 mes y 28 días. Adicionalmente se encuentra demostrado que desde el 01 de Noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional y el pago de una asignación correspondiente a 1 salario mínimo incrementado en un 40%.

(..)

En el caso bajo análisis al demandante le fue modificada su situación de voluntario a profesional a partir del 31 de octubre de 2003 y, en consecuencia, le es aplicable la regla de interpretación señalada por la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado y, por lo tanto, deben serle reconocida la diferencia del 20% no solo en su asignación básica mensual sino también en las prestaciones sociales (.)

(.)

Frente a la inclusión dentro de la asignación de retiro del subsidio familiar, el Honorable Consejo de Estado ha reiterado en diversas oportunidades que, el operador jurídico debe acudir a la figura prevista en el artículo 4 constitucional, e inaplicar por inconstitucional la norma reglamentaria que excluye de la asignación de retiro dicho factor. Concretamente en la sentencia de unificación, proferida por la sección primera, con ponencia de la consejera MARÍA ELIZABETH GARCÍA, expediente 2015-00001-01, de fecha 28 de mayo de 2015 ()

(...)

Adicionalmente debe tenerse en cuenta la excepción propuesta por la entidad demandada de la PRESCRIPCIÓN de aquellos emolumentos que superen los tres años en ser reclamados, contados a partir del momento en que se realizó la reclamación, descontando los aportes que se deben efectuar al sistema general de seguridad social en pensiones y en salud.

CONCLUSIÓN

De manera respetuosa señor Juez, dentro del presente caso, solicito de manera respetuosa se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, en consecuencia se acceda a la nulidad de los actos administrativos enjuiciados, ordenando reliquidar con un 20% adicional, más el subsidio familiar, a favor del demandante las sumas correspondientes a salarios percibidos (la cual debe ser cancelada por parte del Ejército Nacional) y a la asignación de retiro (a cargo de CREMIL). Igualmente se debe declarar la prescripción trienal tanto de los conceptos de salario como de asignación de retiro, la cual deberá contabilizarse a partir de la radicación de la reclamación en cada una de las entidades demandadas.

Adicionalmente se ha de ordenar el descuento correspondiente a los aportes que deben ser efectuados por conceptos de salud y pensión, ya que dichas sumas no son de titularidad del demandante."

De la parte demandada – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército

Nacional: (fls. 203 – 209 c 1.).

A través de apoderado judicial la entidad demandada se hace presente en esta etapa procesal, manifestándose exclusivamente sobre la reliquidación salarial y prestacional del exsoldado profesional Jhon Peñuela Rojas, señalando que sobre dicha materia el caso objeto de la Litis, el H. Consejo de Estado ha proferido reciente

sentencia de Unificación¹, estableciendo a su juicio los siguientes parámetros:

- “1. Que los Soldados Voluntarios que ingresaron al Ejército Nacional en vigencia de la ley 131 de 1985 conservan el derecho de que su asignación básica corresponda a un salario mínimo mensual aumentado en un 60%.
2. Para que exista el derecho cada interesado debe presentar la respectiva reclamación ante la administración o ante el sistema judicial.
3. Se debe dar estricta aplicación a la prescripción cuatrienal
4. Finalmente, es obligatorio la deducción del pago de seguridad social integral, conforme al reajuste salarial, deducción que deberá ser indexada y sin prescripción.”

Acorde con lo anterior, y aplicando dichos lineamientos al caso sub-judice, advierte lo siguiente:

“(…) se establece que el señor JHON PEÑUELA ROJAS cumple con el primer parámetro, esto es, ingresar al Ejército Nacional como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000.

Entonces, a los reajustes de las mesadas salariales se le debe aplicar la prescripción cuatrienal, por lo que se tomará la fecha en se presentó la petición al Comando del Ejército - 09/09/2014-, en otras palabras, los reajustes salariales anteriores al 09 de septiembre de 2010 se encuentran prescritos, de conformidad al artículo 174 del decreto 1211 de 1990.

Finalmente, el periodo en que se debe hacer el aludido reajuste tendrá una fecha límite que corresponde al día en que se retiró al actor del Ejército Nacional, y esta se encuentra registrada como baja efectiva en el acto que reconoció la asignación de retiro, es decir, hasta el 03 de julio de 2012. El periodo del tiempo en que se reajustará la asignación básica data del 09 de septiembre de 2010 hasta el día 03 de julio de 2012.

Por otra parte, ruego al despacho que de las sumas resultantes del reajuste salarial se ordene a mi poderdante hacer el descuento en igual proporción del porcentaje que corresponde al pago de la seguridad social integral. Lo anterior conforme al principio de solidaridad y obligatoriedad que rige nuestro sistema en salud y pensiones, máxime que la cotización se efectúa sobre el salario que percibe el trabajador. Suma que deberá ser indexada.”

La parte demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL”, guardó silencio en esta importante etapa.

¹ Sentencia del 25 de Agosto de 2016, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en CE-SUJ2 No 003/16

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate. (en armonía con lo normado en el artículo 187 *ibidem*), para así resolver los extremos de la Litis planteada.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema jurídico planteado:

Se trata de determinar si los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. 20145660977601 del 15 de Septiembre de 2014 (por medio del cual se negó el reajuste y/o reliquidación salarial y prestacional del 20% del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas), expedido por el Jefe de Procesamiento de Nómina del Ejército Nacional; 2014-75695 del 29 de Septiembre de 2014 (por medio del cual se negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas e igualmente su reliquidación y/o reajuste de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004) Y 2014-83399 del 28 de Octubre de 2014 (por medio del cual se le negó la reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro del señor del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas, derivado del incremento salarial del 20%), expedidos por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se encuentran viciados de nulidad y por ende es procedente su restablecimiento al demandante que presuntamente se encuentra afectado; o si por el contrario los aludidos actos enjuiciados están acorde con la normatividad que regula dicha materia.

Medios probatorios allegados al proceso:

.- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jhon Peñuela Rojas (fl 3 c.1.).

.- Certificación salarial y prestacional de fecha 17 de Septiembre de 2014, expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano – Dirección de Personal Ejército Nacional, correspondiente al SLP Jhon Peñuela Rojas para el mes de Mayo de 2012 (fl. 4 c.1.).

.- Copia de la Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012 (fls. 5 a 7 c.1.) *"Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al **señor Soldado Profesional (r) del Ejército JHON PEÑUELA ROJAS.**"*, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", siendo efectiva dicha prestación el 4 de Julio de 2012.

.- Certificación No. 380 CONSECUTIVO 2014-74772 de fecha 25 de Septiembre de 2014 (fl. 8 c.1.), expedida por "CREMIL", donde consta:

*"Que revisada la nómina de asignaciones de retiro se verificó que al señor **Soldado Profesional (r) del Ejército JHON PEÑUELA ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.345.742, le figura liquidada, su asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:*

SUELDO		\$	862.400.00
PRIMA DE ANTIGUEDAD	38.5%	\$	332.024.00
SUBTOTAL		\$	1.194.424.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	70%		
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		\$	836.097.00

.- Copia de la Hoja de Servicios No. 3-17345742 del 17 de Abril de 2012 (fls. 9 y 10 c 1), expedido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, correspondiente al señor JHON PEÑUELA ROJAS.

.- Copia del derecho de petición con fecha de radicado 9 de Septiembre de 2014 (ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares), suscrito por la apoderada judicial del señor Jhon Peñuela Rojas y dirigida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls 11 - 14 c 1.), mediante el cual solicita la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas e igualmente su reliquidación y/o reajuste de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

.- Oficio No. 2014-75695 del 29 de Septiembre de 2014 (fls. 16 y 17 c.1.), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se da respuesta a la petición incoada el 9 de septiembre de 2014.

.- Copia del derecho de petición con fecha de radicado 9 de Septiembre de 2014 (ante el Comando del Ejército Nacional), suscrito por la apoderada judicial del señor Jhon Peñuela Rojas y dirigida al

Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (fls 18 - 23 c.1.), mediante el cual solicita el reajuste y/o reliquidación salarial y prestacional del 20% del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas.

.- Oficio No. 20145660977601 del 15 de Septiembre de 2014 (fl. 25 c.1.), expedido por el Jefe de Procesamiento Nomina del Ejército Nacional, mediante el cual se da respuesta a la petición incoada el 9 de septiembre de 2014.

.- Copia del derecho de petición con fecha de radicado 9 de Septiembre de 2014 (ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares), suscrito por la apoderada judicial del señor Jhon Peñuela Rojas y dirigida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls. 26 - 31 c.1.), mediante el cual solicita la reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro del señor del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas, derivado del incremento salarial del 20%.

.- Oficio No. 2014-83399 del 28 de Octubre de 2014 (fl 35 y 36 c.1.), expedido por el Jefe de Procesamiento Nomina del Ejército Nacional, mediante el cual se da respuesta a la petición incoada el 9 de septiembre de 2014.

.- Constancia de fecha 16 de Marzo de 2015, expedida por la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Yopal, donde consta que el señor Jhon Peñuela Rojas agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Prejudicial (fls. 38 - 40 c.1.).

.- Copia del Oficio No. 20155660371291 del 27 de Abril de 2015, expedido por el Jefe de Procesamiento Nomina del Ejército Nacional, por medio del cual se negó la solicitud incoada el 22 de Abril de 2015 ya referida (fl. 6 c.1.).

.- Oficio No. 04084/ MDN-CE-DIV8-BR16-GMGDC-S1-38.10, proferido por el Ejecutivo y 2do. Comandante Grupo No. 16 "Guías de Casanare" y dirigido a este Estrado Judicial donde informa que el señor Jhon Peñuela Rojas era orgánico de esa Unidad Táctica como integrante del Escuadrón "A", siendo retirado del servicio el 25 de Mayo de 2012 por tener derecho a la Asignación de Retiro (fl. 67 c.1.).

.- Copia de los antecedentes administrativos de los actos enjuiciados (fls. 90 - 129 c.1.), allegados por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

.- Certificación de Tiempo de Servicios de fecha 12 de Julio de 2016 (fl 10 c p), expedida por el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional, que señala:

"Que el señor(a) SOLDADO PROFESIONAL SLP PEÑUELA ROJAS JHON con CC 17345742, con código militar 17345742, le figura la siguiente información.

Fecha Corte: 12-07-2016

NOVEDAD			DISPOSICION			FECHAS		TOTAL
						DE	HASTA	AA-MM-DD
SERVICIO EJC	MILITAR	DIPER	DIRTRA 05-1991	1	30-	02-05-1991	07-11- 1992	01 06 05
SOLDADO EJC	VOLUNTARIO	DIPER	OAP-EJC 1993	1096	31-10-	01-10-1993	31-10- 2003	10 01 00
SOLDADO EJC	PROFESIONAL	DIPER	OAP-EJC 2003	1175	20-10-	01-11-2003	25-05- 2012	08 06 24
TRES MESES DE ALTA DIPER			OAP-EJC 2012	1233	27-03-	26-05-2012		00-03-00
Total tiempos en EJÉRCITO NACIONAL								20 04 29

Se retiró por POR (sic) TENER DERECHO A LA PENSIÓN acuerdo disposición de retiro OAP-EJC 1089 de 29-JAN-13. ()"

.- Certificaciones Salarial y Prestacional de fecha 12 de Julio de 2016 (fls. 11 a 20 c.p.), expedidas por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, correspondientes al señor SLP. JHON PEÑUELA ROJAS, donde se destaca que para el mes de Octubre de 2003, devengaba un sueldo básico de \$531.200; mientras que para Noviembre de 2003, devengó \$464.800.

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho al reajuste de su asignación mensual como soldado profesional, o si por el contrario la negativa de la entidad demandada se ajusta a la normatividad vigente sobre dicha materia.

APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO

Inicialmente es dable precisar que en el presente asunto se tiene que abordar tres temáticas en particular, la primera relacionada con el monto de la asignación básica del ex soldado profesional JHON PEÑUELA ROJAS para efectos de su reliquidación salarial y prestacional, donde se pretende que se reconozca el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, desde el 1º de Noviembre de 2013 hasta la fecha de retiro del servicio; igualmente en el evento de determinarse procedente dicho incremento, el mismo debe afectar consecuentemente el monto de la asignación de retiro de la cual se encuentra gozando el hoy demandante.

En cuanto a la segunda, se debe establecer la procedencia de tener al *Subsidio Familiar* como partida computable para liquidar la asignación de retiro del accionante; y finalmente como tercer ítem se debe

discernir de forma conjunta si la entidad demandada ha realizado la liquidación de la asignación del retiro, acorde con lo normado en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004; es decir, si la formula aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se ajusta a los parámetros legales establecidos.

Acorde con lo anterior, abordaremos el primer asunto comenzando por hacer un recuento respecto de la normatividad relacionada con el tránsito efectuado de soldados voluntarios a soldados profesionales y el régimen salarial y prestacional aplicable a estos servidores públicos.

En primer lugar hay que definir, lo que se entendía por soldado voluntario (acorde con la Ley 131 de 1985) y por soldado profesional (de conformidad con el Decreto Ley 1793 de 2000), ya que actualmente con la normatividad que rige en las Fuerzas Militares la figura del soldado voluntario desapareció bajo la denominación unificada de "*Soldado Profesional*"; sin embargo, para el caso en concreto es de vital importancia determinar dicho aspecto para entrar a valorar lo peticionado en el libelo demandatorio.

En este orden de ideas el Consejo de Estado², ha señalado lo siguiente:

"Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1° del Decreto Ley 1793 de 2000, 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".

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio."

Ahora bien, en cuanto al régimen prestacional y salarial de esta clase de empleados públicos, el constituyente dejó establecido en la carta política, en su artículo 150, numeral 19, literal e), lo siguiente:

*"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
(...)*

² Sentencia del 11 de junio de 2009, Nulidad y Restablecimiento de Prospero Soraca Galvis Vs Armada Nacional, No 70001-23-31-000-2000-00692-01(2311-08), C P Gerardo Arenas Monsalve, Sección Segunda, Subsección B

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) **Fijar el régimen salarial y prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la **fuerza pública**.”

(...)”

La Constitución Política en su Art. 189 numeral 11- concedió al Presidente de la República la facultad reglamentaria general dentro de la cual se encuentra la de expedir los decretos reglamentarios de leyes marco o cuadro, lo que constituye una facultad reglamentaria ampliada según el Consejo de Estado³ y la misma Carta en el artículo 189 atribuyó al primer mandatario fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos.

Por tal razón, y en desarrollo de la norma superior antes citada (art. 150 -19 literal “e”), la Ley 4ª de 1992 reiteró, en su artículo 1º, la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y a su vez en el artículo 2º estableció igualmente la siguiente limitante para ésta autoridad:

“a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.”

Por su parte, la Ley 131 del 31 de diciembre de 1985, había establecido algunas normas sobre el servicio militar voluntario dentro de las cuales en su artículo 4º, determinó la remuneración de los soldados voluntarios de la siguiente manera:

“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”

De tal manera que esta norma, además de vincular a un tipo de soldados que, independientemente de la denominación que en su momento les fue asignada, también estableció un régimen salarial que, con independencia de la denominación que recibiera (bonificación o salario), cumplía una función remuneratoria, por lo que mal podría desconocerse el derecho que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más aún si se tiene en cuenta que mediante la vinculación de un nuevo cuerpo de soldados a través del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, se reiteró el reconocimiento de tal

³ *Sentencia del 31 de marzo de 2011 M P Marco A Velilla Moreno Exp- 2005-00096-00, sentencia del 2 de octubre de 1997 exp 4262 M P Manuel Santiago Urueta Ayola y sentencia del 01/06/2000 exp 5708 M P Eduardo Mendoza Martelo*

contraprestación asignándole ya la denominación de salarial, de la siguiente manera:

*"Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.
Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)"*
 (Subraya y Negrilla fuera de texto)

De lo anterior puede colegirse que, si bien es cierto en la primigenia Ley 131 del 31 de diciembre de 1985, la remuneración causada a favor de los llamados "Soldados Voluntarios", fue establecida taxativamente como una bonificación, igualmente resulta indiscutible el hecho de que el Decreto 1794 de 2000, al crear el Régimen Salarial y Prestacional para el Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, le confirió la denominación de salario, garantizando el derecho adquirido de los soldados voluntarios y condicionando su reconocimiento exclusivamente a quienes al 31 de diciembre de 2000, ostentaran dicha calidad, encontrándose dicha prerrogativa dentro del margen legislativo de configuración contemplado en la Constitución Nacional.

De tal manera resulta imperioso concluir que en cabeza de los antes denominados Soldados voluntarios -ahora Soldados Profesionales-, existía y hoy existe un derecho reconocido legalmente, que se configuró bajo el imperio de una ley que hasta el momento no ha sido derogada y que a partir de la Ley 4/92, también se expidió un decreto que en desarrollo de los preceptos contenidos en aquella, reiteró la prerrogativa salarial reconocida a su favor, de manera que la circunstancia de que el personal de soldados voluntarios hubieren efectuado su manifestación expresa de incorporarse como soldados profesionales y que efectivamente dicha decisión se hubiere avalado y/o aprobado por los comandantes de fuerza de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, no los excluye y/o exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en el porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del mencionado Decreto, en donde se establece como única condición, la acreditación de haber ostentado la calidad de soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000.

El régimen constitucional y legal de los derechos adquiridos en materia laboral se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 53, 58 y 215 inciso 9º de la Constitución Política y desarrollado, entre otras normas, en la **Ley 4ª. de 1992** y en los artículos 11, 36, 272,

279 - párrafos 3 y 4- y 288 de la **Ley 100 de 1993**, que implica que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a su vez anclados en los principios de buena fe y confianza legítima en las actuaciones del Estado.

La garantía de derechos adquiridos ha sido consagrada entre otros estatutos en el Decreto 2070 de 2003 artículo 2º en el artículo 3 del Decreto 4443 de 2004, en relación con todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a las normas anteriores.

Los derechos adquiridos en materia laboral administrativa deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

El Consejo de Estado en providencia del 24 de julio de 2008 expediente 2001-071-96 M.P. Gerardo Arenas Monsalve, hizo una interpretación más amplia del principio de favorabilidad al no aplicar íntegramente una norma sino dos regímenes normativos distintos inaplicando el principio de *inescindibilidad* normativa previsto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, considera este administrador de justicia que la correcta interpretación de la norma en comento respalda la posición de que el salario mensual del soldado profesional, que inicialmente tuvo el carácter de soldado voluntario, es el salario mínimo legal mensual vigente para cada año incrementado en un 60%, pues así se deduce en una sana hermenéutica de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 131 de 1985 y de lo dispuesto en el artículo 1º y en el párrafo del artículo 2º del decreto reglamentario 1794 del 2000, ya que se reitera que el hecho de que los mismos soldados voluntarios hubieren solicitado el tránsito o cambio de régimen al soldado profesional (lo cual no se encuentra plenamente demostrado en el expediente), no impide de que se hagan acreedores del aumento del 60%, ya que tal como está contemplada la norma, plantea dicha posibilidad al llenar el único requisito que es haber ostentado la calidad de soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000.

En este sentido, se advierte que una interpretación diferente atentaría o mejor desconocería los principios fundamentales de igualdad, irrenunciabilidad, favorabilidad o condición más favorable.

Sobre esta materia en particular, el Honorable Consejo de Estado, profirió reciente Sentencia de Unificación⁴, estableciendo los respectivos criterios de interpretación al respecto, motivo por el cual al ser un precedente de obligatorio acatamiento se traerá a colación, para su posterior aplicación, así:

"Reglas jurisprudenciales"

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁶ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,⁷ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. (Subraya del Despacho)*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar. (Subraya del Despacho)*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10⁸ y 174⁹ de los Decretos 2728 de 1968¹⁰ y 1211 de 1990,¹¹ respectivamente." (Subraya del Despacho)*

⁴ Sentencia del 25 de Agosto de 2016, Sección Segunda, C P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Benicio Antonio Cruz Vs Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, radicado No CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015)

⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares

⁶ Ib

⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario

⁸ "Artículo 10 El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años "

⁹ Artículo 174 Prescripción Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

¹⁰ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹¹ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares

Ahora bien, atendiendo el precedente judicial unificador del máximo ente de lo contencioso administrativo del país, en igual forma, dando aplicación al principio de favorabilidad, derechos adquiridos y sobre todo dando cumplimiento a una norma de carácter legal -inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000-, la cual hasta el momento no ha sido derogada y/o declarada inexecutable; además, al hallarnos frente a un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y constatar que probablemente se podrían estar vulnerando garantías y derechos fundamentales del aquí demandante, no podemos acudir a la premisa o principio de la "*jurisdicción rogada*" en materia contencioso administrativa, por lo cual es de obligatoria aplicación para el caso específico examinado la mencionada jurisprudencia unificatoria.

Conclusión al caso concreto:

Así las cosas y retornando al caso sub-examine, analizando el acervo probatorio allegado al expediente, y teniendo en cuenta las acotaciones efectuadas en precedencia, al igual que la jurisprudencia reciente del máximo ente de lo contencioso administrativo del país, se evidencia que sobre este punto en particular, las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, acorde con las siguientes consideraciones:

Quedó demostrado en el expediente que el señor JHON PEÑUELA ROJAS ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de "*Soldado Voluntario*" desde el 1º de Octubre de 1993 hasta el 31 de Octubre de 2003, y desde el 1º de Noviembre de 2003 hasta el 25 de Mayo de 2012, ostentó la calidad de "*Soldado Profesional*"; es decir, que se encuentra dentro de la excepción contemplada en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y por ende es acreedor a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% para efectos de la reliquidación de su asignación mensual.

Así mismo, se reitera que a pesar de que en la Ley 131 de 1985, estableció expresamente que los Soldados Voluntarios devengarían una Bonificación Mensual (equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario), como tal la naturaleza de dicha prestación siempre fue salarial, aspecto que fue corroborado con la expedición de los Decretos 1793 y 1794 del 2000, los cuales buscaron garantizar dichos derechos adquiridos de los Soldados Voluntarios, específicamente a través del inciso final del artículo 1º del Decreto 1794/00, al conceder la prerrogativa que esta clase de soldados, mantuvieran las condiciones salariales que venían gozando; sin embargo, se advierte que la entidad demandada estableció una

interpretación diferente que consecuentemente conllevó que se vulnerara dicho mandato constitucional y a que se configure un detrimento salarial evidente del 20% (tal y como se aprecia en las certificaciones salariales de los meses de octubre y noviembre de 2003), independientemente de que dicho servidor público al estar sujeto a un nuevo régimen, se hizo acreedor a devengar una serie de prestaciones sociales propias de su nueva condición de "Soldado Profesional", ya que lo que se discute como tal es el monto salarial que devengaba el demandante.

Ahora bien, teniendo en cuenta que le asiste derecho al actor de que se le reliquide su asignación salarial y prestacional, también se precisa que dicha decisión afecta y modifica directamente el monto de la mesada de asignación de retiro que le corresponde al señor PEÑUELA ROJAS, ítem que ha sido objeto de reproche en este proceso, por lo cual deberá igualmente reajustarse la liquidación de la Asignación de Retiro con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un **60%**, de conformidad con lo normado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000

En este orden de ideas, este Despacho Judicial declarará la nulidad de los Oficios Nos. 20145660977601 del 15 de Septiembre de 2014 (por medio del cual se negó el reajuste y/o reliquidación salarial y prestacional del 20% del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas), expedido por el Jefe de Procesamiento de Nómina del Ejército Nacional, y 2014-83399 del 28 de Octubre de 2014 (por medio del cual se le negó la reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro del señor del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas, derivado del incremento salarial del 20%), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al haberse desvirtuado la presunción de legalidad que recaía sobre los mismos sobre este aspecto en particular.

En consecuencia de lo anterior, se dispondrá que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, efectúe la liquidación y pago de las diferencias salariales y prestacionales del señor JHON PEÑUELA ROJAS que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en los periodos comprendidos desde el 1º de noviembre de 2003 (fecha en la cual adquirió el status de Soldado Profesional y se le aplicó erróneamente la Ley) hasta el 3 de Julio de 2012 (fecha en la cual se produjo su baja efectiva – acorde con lo contemplado en la Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012); igualmente, se ordenará que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", efectúe la reliquidación de la Asignación de Retiro del señor JHON PEÑUELA ROJAS, acorde con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, aplicando el salario

mínimo legal vigente del respectivo año, incrementado en un sesenta por ciento (60%), desde el 4 de Julio de 2012, fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional de conformidad con Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012 (fls 5 a 7 c.1.).

Ahora bien, una vez discernido y resuelto el primer aspecto de la Litis planteada, se procederá a evaluar el segundo ítem o pretensión, relacionado con la inclusión del subsidio Familiar como partida computable para liquidar la asignación de Retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas, para lo cual es preciso realizar las siguientes acotaciones:

En cuanto al régimen prestacional y salarial de esta clase de empleados públicos, el constituyente dejó establecido en la carta política, en su artículo 150, numeral 19, literal e), lo siguiente:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

*e) **Fijar el régimen salarial y prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la **fuerza pública.**"*

(...)"

La Constitución Política en su Art. 189 numeral 11- concedió al Presidente de la República la facultad reglamentaria general dentro de la cual se encuentra la de expedir los decretos reglamentarios de leyes marco o cuadro, lo que constituye una facultad reglamentaria ampliada según el Consejo de Estado¹² y la misma Carta en el artículo 189 atribuyó al primer mandatario fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos.

Por tal razón, y en desarrollo de la norma superior antes citada (art. 150 -19 literal "e"), la Ley 4ª de 1992 reiteró, en su artículo 1º, la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y a su vez en el artículo 2º estableció igualmente la siguiente limitante para ésta autoridad:

"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."

¹² Sentencia del 31 de marzo de 2011 M P Marco A. Velilla Moreno Exp- 2005-00096-00, sentencia del 2 de octubre de 1997 exp 4262 M P Manuel Santiago Urueta Ayola y sentencia del 01/06/2000 exp 5708 M P Eduardo Mendoza Martelo

Ahora bien, revisada la normatividad que regula actualmente el régimen prestacional y salarial de los miembros de la Fuerza Pública, encontramos que el Gobierno Nacional acorde con la facultad constitucional ya aludida, profirió el Decreto 4433 de 2004, el cual estableció lo siguiente:

"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."* (Subraya y Negrilla del Despacho)

Así mismo, se destaca que el artículo 13 del mencionado Decreto, señaló:

"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: (Subraya y Negrilla del Despacho)

13.1.1 Sueldo básico,

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de Antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. (Subraya y Negrilla del Despacho)

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: (Subraya y Negrilla del Despacho)

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

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

Parágrafo. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales."*

Así las cosas y al analizar las normas precitadas bajo un punto de vista taxativo y formalista no se puede llegar a otra conclusión, sino que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" está acatando lo estatuido en la Ley, ya que como tal el "Subsidio Familiar" no fue establecido como partida computable para efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales; sin embargo, no

puede desconocer este Estrado Judicial que existen principios y derechos de raigambre constitucional que tienen prevalencia sobre las decisiones discrecionales adoptadas por el Gobierno Nacional, las cuales deben ceder ante su evidente contradicción o quebranto ante disposiciones de carácter superior, en este sentido, es preciso traer a colación pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado¹³ sobre esta materia en particular y así poder discernir su aplicabilidad al caso en concreto, dicha Corporación señaló:

"La providencia censurada es la de 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación en la asignación de retiro del tutelante, porque al revisar las pruebas aportadas al plenario y las normas aplicables al sub-lite, se observó que el accionante se desempeñó como Soldado Profesional y devengó el subsidio familiar durante el servicio activo.

Empero, no es procedente incluirlo como partida en la liquidación de la asignación de retiro porque el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció taxativamente los factores computables para tal efecto, sin que mencionara la prestación que se reclama.

Para efectos de resolver el caso puesto a consideración, la Sala realizará una breve alusión al subsidio y al régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, para finalmente, referirse a la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

El Subsidio familiar

De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 21 de 1982 el subsidio familiar es "(...) una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad."

En ese sentido, la finalidad de dicha prestación es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, en consideración a sus ingresos.

Por su parte, el Decreto No. 1794 de 2000, estableció el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales, así:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

Empero, el anterior artículo fue derogado por el artículo 1° del Decreto 3770 de 2009, disponiendo lo siguiente.

"ARTICULO 1. *Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*

¹³ Sentencia del 17 de Octubre de 2013, Sección Segunda – Subsección "B", Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del radicado No AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, Acción de Tutela, Demandante José Narcés López Bermúdez contra Tribunal Administrativo del Tolima

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

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

En consecuencia, se concluye que los Soldados Profesionales devengan el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando vinieran percibiéndolo antes de que entrara en vigencia el Decreto 3770 de 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

La Asignación de Retiro

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 5 dispone lo siguiente:

"(...) Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

(...)"

No obstante lo anterior, la misma norma, más adelante en el artículo 13, estableció las partidas computables para la asignación de retiro, 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 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (.)"

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los

Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

El derecho a la igualdad

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

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

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

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

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

Esta disposición Constitucional establece el derecho a la igualdad ante la ley (igualdad formal) y, a título enunciativo, contempla unos criterios que pueden generar desigualdades injustificadas (sexo, raza, origen, etc.), e impone al Estado la obligación de proteger a las personas que pueden ser objeto de discriminaciones por razón de su condición económica, física o mental (igualdad material). Así pues, en tratándose de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta¹⁴ es una obligación del Estado brindar un trato diferencial y positivo¹⁵, y en consecuencia, el trato desigual¹⁶ no solo es válido sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.¹⁷

En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de "un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad"¹⁸. Lo que en este Modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así,

¹⁴ Tal es el caso de las personas en condición de desplazamiento, aquellas que tienen algún tipo de discapacidad, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, las minorías étnicas y raciales, entre otros

¹⁵ Entre muchos otros ejemplos, encontramos la ley de cuotas o la asignación de cupos especiales para aspirantes a ingresar a universidades públicas, provenientes de comunidades indígenas

¹⁶ Igualmente, en sentencia T-1577 de noviembre 14 de 2000, M. P. Fabio Morón Diez, se anotó

"En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿Igualdad entre quiénes?, ¿Igualdad en qué?, ¿Igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos, los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc., los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc."

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-141 de 2013, M. P. Dr. Luis Ernesto Vergas Silva

¹⁸ Para una exposición completa de las dos metodologías puede consultarse César A. Rodríguez "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad" en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss

se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.¹⁹

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

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

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

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

"(...)

La aplicación de dicho test ha llevado a la Corte a identificar explícitamente cuáles son los puntos más importantes que estudia para examinar los casos en los que un trato diferente vulnera el principio de igualdad. Sin embargo, "[podría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad."²⁰

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

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

Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y Justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y

¹⁹ Sentencia T-577 de 2005 M P Humberto Antonio Sierra Porto

²⁰ Sentencia C-741 de 2003 M P Manuel Jose Cepeda Espinosa

Suboficiales, empero, no la incluyo para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

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

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

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar."

Igualmente el Tribunal Administrativo de Casanare²¹, en reciente providencia de Segunda Instancia al resolver un caso de idénticas características, ratificó dicha posición señalando:

"En el presente evento es evidente el trato diferencial entre oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares con relación a los soldados profesionales, pues, como se señaló, para los primeros se incluye el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, mientras que para los últimos no se incluye este factor.

(...)

La desigualdad existente en el presente caso no consulta ni valores ni principios constitucionales, tampoco resulta racional, razonable ni proporcional. En efecto, si los soldados profesionales están en una escala inferior a oficiales y suboficiales y por lo mismo devengan un salario menor respecto de aquellos, lo lógico, racional, razonable y proporcional es que los soldados profesionales también tengan esa

²¹ Ver sentencia 8 de Junio de 2017, Magistrado Ponente José Antonio Figueroa Burbano, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Mauricio Amaya Amaya Vs Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" – radicado 85001-3333-002 2015-00132-01

prerrogativa, es decir, que se les compute el subsidio familiar como factor salarial para liquidar pensiones y/o asignación de retiro.

Pero como ello no ocurre, le asiste la razón al a quo al inaplicar parcialmente, con fundamento en el artículo 4 del Estatuto Fundamental, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser contrario los principios de igualdad y favorabilidad previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución, y ordenar que el subsidio familiar que devengaba el actor al momento de su egreso de las filas se compute para efectos de su asignación de retiro.

Este Tribunal ya se pronunció en similar sentido sobre este tema²², siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado²³, providencia en la cual se respaldó el a quo para adoptar su decisión. La última Corporación reiteró su posición en fallo más reciente²⁴."

En este orden de ideas y acorde con los lineamientos jurisprudenciales expuestos en precedencia, esta Instancia Judicial acoge y comparte la posición jurídica del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no observa la igualdad y la justicia en la existencia de normas jurídicas que concedan como partida computable el "*Subsidio Familiar*" a ciertos miembros de la Fuerza Pública (Oficiales y Suboficiales) que contradictoriamente son los de mayor rango militar y se niegue sin justificación alguna a los Soldados Profesionales, quienes son al final los que padecen o soportan de forma directa las consecuencias nefastas del conflicto armado interno que azota al País; razón por la cual, salta a la vista la violación del derecho constitucional a la igualdad, ya que la entidad demandada se ha limitado a apegarse al texto de una disposición de carácter legal sin entrar a justipreciar el caso particular del "*Soldado Profesional*" y desconociendo de paso los estándares que la Corte Constitucional y Organismos Internacionales que se han trazado sobre estos asuntos, actuación injustificable y que este operador judicial no puede prohijar máxime cuando el papel del nuevo JUEZ es el de constituirse en garante de los derechos fundamentales de los asociados, al haber desaparecido la connotación decimonónica y montesquieniana de limitarse a ser "*la Boca de la Ley*"; haciéndose necesario la inclusión de dicho *Subsidio Familiar* como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Así las cosas y retornando al caso en concreto, este Operador Judicial advierte que dentro del expediente se allegó copia de la Hoja de Servicios No. 3-17345742 del 17 de Abril de 2012 (fs. 9 y 10 c.1.), correspondiente al señor JHON PEÑUELA ROJAS, donde se evidencia

²² Tribunal Administrativo de Casanare Sentencia del 16 de octubre de 2014, radicado 850013333-002-2013-00248-01, M P José Antonio Figueroa Burbano

²³ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de Octubre de 2013, 110010315000201301821-00 MP Bertha Lucía Ramírez de Páez

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subseccion A, sentencia de 29 de abril de 2015, exp 11001-03-15-000-2015-00801-00 MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

que dentro de los haberes devengados en la última nómina de dicho servidor público (Marzo de 2012), aparece enlistado el "**SUBSIDIO FAMILIAR**"; en este sentido y acorde con lo enunciado en precedencia el Demandante tiene pleno derecho que se le tenga dicha partida como computable para efectos de la liquidación de la Asignación de Retiro que actualmente se encuentra devengando, acorde con los considerandos expuestos en precedencia.

Ahora bien, en aras de darle aplicabilidad a dicha prerrogativa de tipo constitucional al demandante, se dispondrá declarar la inaplicación del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que señala:

"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."

Lo anterior bajo el entendido y premisa de que acorde con el principio constitucional de la favorabilidad se le extienda el privilegio estatuido a los Oficiales y Suboficiales (numeral 13 1.7. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004) de que se le tenga en cuenta el subsidio familiar a los Soldados Profesionales "(...) *en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro.*"; siendo factible su aplicación por contener disposiciones más benéficas a la parte actora en lo que hace alusión a la liquidación de la asignación de retiro exclusivamente, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula y no lo contrario.

En este orden de ideas, encuentra este Estrado Judicial que el acto administrativo contenido en el oficio No. 2014-75695 del 29 de Septiembre de 2014, (por medio del cual se negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas e igualmente su reliquidación y/o reajuste de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se encuentra viciado de nulidad sobre esta materia y en consecuencia se deberá declarar su NULIDAD, ordenando a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** que reliquide y/o reajuste la asignación de retiro del señor JHON PEÑUELA ROJAS, a partir del 4 de Julio de 2012, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de Retiro, de conformidad con Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012), Incluyendo como partida computable además de las tenidas en cuenta el "**Subsidio Familiar**" que devengaba dicho ex Soldado, en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de su retiro del servicio.

Finalmente, nos hace falta resolver dentro de la línea temática planteada, lo relacionado con los porcentajes y partidas computables para liquidar la asignación de retiro del señor JHON PEÑUELA ROJAS, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, motivo por el cual se considera pertinente traer a colación lo estatuido en dicha normatividad, así:

"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."* (Subraya y Negrilla del Despacho)

Así mismo, se destaca que el artículo 13 del mencionado Decreto, señaló:

"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." (Subraya fuera de texto)

En este sentido, tenemos que dentro del expediente se allegó certificación de fecha 25 de Septiembre de 2014, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (fl. 8 c.1.), señalando los porcentajes y partidas computables que fueron utilizadas en la liquidación de la Asignación de Retiro del hoy demandante; así mismo, dicho procedimiento utilizado por la entidad, fue esclarecido en la certificación expedida la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de "CREMIL" (fls. 163 y 164 c.1.), donde ratifica que dicha posición se ajusta a la normatividad legal que regula dicho tema y la simplifica de la siguiente forma:

Sueldo básico del Soldado Profesional (que equivale al s.m m.l.v. del respectivo año), más el **40%** de dicho sueldo básico, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; a dicho resultado le sumó el 38.5% de la prima de antigüedad; y al resultado de dicha sumatoria le sacó el 70% de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, obteniendo así el monto final que le corresponde como asignación de retiro al hoy accionante.

Ahora bien, revisada dicha liquidación y efectuando una revisión minuciosa de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se advierte de forma evidente que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no está acatando los parámetros establecidos en dicha norma y efectivamente se está generando un detrimento en el monto final de la asignación de retiro del accionante, acorde con las siguientes consideraciones:

A continuación procede el Despacho a efectuar la correcta interpretación de la norma ya citada, efectuando la respectiva reliquidación de la asignación de retiro del accionante, abordando los porcentajes y partidas computables, así:

El sueldo básico del Soldado Profesional (que equivale al s.m.m.l.v del respectivo año), más el 60% de dicho sueldo básico, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, en consonancia con lo discernido en esta providencia; a dicho resultado se le saca el 70% de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y al resultado de dicha operación se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad²⁵ y el subsidio familiar (partida que como se explicó en precedencia se debe incluir para este caso en particular); obteniendo así el monto final que corresponde a la asignación de retiro. A modo ilustrativo se efectuara la liquidación de la Asignación de Retiro correspondiente al año 2012.

SMMV 2012	\$566.700,00	
Incremento 60%	\$340.020,00	

²⁵ Se precisa que mediante providencia del 30 de Marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, M P Néstor Trujillo González, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho José Yesid Castro Pretel Vs "CREMIL", identificada bajo el radicado No 850013333001-2014-00088-01 (2015-00237), dicha Corporación rectificó la forma como se debe aplicar la prima de antigüedad en estos casos, señalando

"3ª Resulta oportuno recordar que los preceptos que rigen este asunto diferencian nitidamente entre la prima de antigüedad para los soldados profesionales y la partida computable que por ella corresponde para liquidar la asignación de retiro, así lo precisa la Sala en fallo de esta misma fecha en el que se clarifica el modelo matemático que debe emplearse, en los siguientes términos

5 5 1 Las operaciones que preceden tiene claro fundamento en los arts 2º del Decreto 1794 de 2000, conforme al cual la prima de antigüedad de los soldados profesionales puede llegar hasta el 58,5% de su asignación básica, y 16 del Decreto 4433 de 2004, que señala las partidas computables para la asignación de retiro de dichos militares, la cual en lo que atañe a las prima de antigüedad es del 38,5% de la que hubiere devengado

5 5 2 En virtud de carga de transparencia se precisa que la Corporación corra las bases aritméticas del cálculo de la partida computable por el factor de prima de antigüedad, pues aunque se ha indicado clara y expresamente en la argumentación de la línea que debe corresponder al 38,5% de la prima devengada, puede ocurrir que en algunos casos se haya liquidado por error matemático con el 38,5% de la asignación básica mensual, como si fuera lo mismo, con lo que la operación arrojaría resultados diferentes

3 1 Del texto anterior se advierte que, contrario a lo percibido por el demandante, en el IBL de la asignación de retiro no entra la totalidad de la prima de antigüedad que devengó durante el servicio, la cual ciertamente puede llegar hasta el 58,5% de la asignación básica, sino el 38,5% de la que haya acreditado.()"

Asignación básica	\$906.720,00	
70% salario básico		\$634.704,0 0
Prima de Antigüedad que devengaba el actor a la fecha de retiro (equivalente al 58,5 % del salario básico)	\$530.431,20	
38,5 % de la Prima de Antigüedad (Art. 16 del Decreto 4433 de 2004)		\$204.216
Base para subsidio Familiar	\$1.437.151,2	
Subsidio Familiar (equivalente al 4% de la sumatoria de la Asignación Básica más la Prima de Antigüedad)		\$57.486,04 8
Asignación retiro (70% Salario Básico + 38,5% Prima de Antigüedad + Subsidio Familiar.		\$896.406, 04

Realizando el cotejo y confrontación de las dos liquidaciones, se ratifica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", se encuentra aplicando de forma indebida lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que en primer lugar no le está aplicando el incremento del 60% al salario básico, en segundo lugar, al afectar el valor de la prima de antigüedad con el porcentaje del 70%, conlleva a que se disminuya de forma sustancial el valor de la asignación de retiro; y finalmente no se venía incluyendo como partida computable el *subsidio familiar* que se encontraba devengando en servicio el exsoldado profesional Peñuela Rojas.

En consecuencia de lo anterior, se vislumbra que se configura otro vicio de nulidad sobre el acto acusado contenido en oficio No. 2014-75695 del 29 de Septiembre de 2014, (por medio del cual se negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas e igualmente su reliquidación y/o reajuste de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, razón por la cual se ratifica la decisión de decretar la NULIDAD de dicho acto administrativo y en consecuencia se ordenará a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** que reliquide y/o reajuste la asignación de retiro del señor JHON PEÑUELA ROJAS a partir del 4 de Julio de 2012, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de

Retiro, de conformidad con Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012), acorde con los parámetros establecidos en la liquidación que a modo ilustrativo efectuó el Despacho.

En conclusión y resumiendo las declaraciones efectuadas a lo largo de la presente providencia, este Estrado Judicial precisa que la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, deberá liquidar y pagar las diferencias salariales y prestacionales del señor JHON PEÑUELA ROJAS que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en los periodos comprendidos desde el 1º de noviembre de 2003 (fecha en la cual adquirió el status de Soldado Profesional y se le aplicó erróneamente la Ley) hasta el 3 de Julio de 2012 (fecha en la cual se produjo su baja efectiva – acorde con lo contemplado en la Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012); en lo que concierne a la Asignación de Retiro del Demandante, se dispondrá que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, deberá liquidar y pagar las diferencias que resulten en las mesadas de dicha prestación, al aplicar en debida forma lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; es decir, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; la inclusión del *Subsidio Familiar* como partida computable y finalmente respetando los porcentajes y partidas estatuidas en la ley, acorde con los parámetros delimitados por el Despacho a título ilustrativo en esta providencia; lo anterior, a partir del 4 de Julio de 2012, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de Retiro, de conformidad con Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012)

PRESCRIPCIÓN:

Conforme a las facultades otorgadas en el inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho encuentra que está demostrada la prescripción de algunas de las diferencias salariales, prestacionales y de las mesadas de la asignación de retiro que le deben cancelar al demandante; en efecto, se advierte que las peticiones que dieron origen a los actos administrativos demandados, por lo cuales se negaron los derechos del accionante, fueron radicados en las entidades demandadas el mismo día 9 de Septiembre de 2014 (tal y como se evidencia a folios 11, 18 y 26 del expediente); razón por la cual se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción cuatrienal de qué trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 y la prescripción trienal que establece el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por derechos no reclamados a tiempo; en consecuencia, se determina que las diferencias salariales y prestacionales causadas con anterioridad al 9 de Septiembre de 2010 están prescritas; mientras

que las diferencias de las mesadas de la asignación de retiro causadas con anterioridad al 9 de Septiembre de 2011, se encuentran prescritas.

Bajo las anteriores precisiones, la demandada – **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** deberá liquidar y pagar al demandante las diferencias salariales y prestacionales que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en los periodos comprendidos desde el 9 de Septiembre de 2010 (acorde con la prescripción cuatrienal decretada) hasta el 3 de Julio de 2012 (fecha en la cual se produjo su baja efectiva – acorde con lo contemplado en la Resolución No 3935 del 9 de Julio de 2012); en lo que concierne a la Asignación de Retiro del Demandante, se dispondrá que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, deberá liquidar y pagar las diferencias que resulten en las mesadas de dicha prestación, al aplicar en debida forma lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; es decir, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; la inclusión del *Subsidio Familiar* como partida computable y finalmente respetando los porcentajes y partidas estatuidas en la ley, acorde con los parámetros delimitados por el Despacho a título ilustrativo en esta providencia; lo anterior, a partir del 9 de Septiembre de 2011 (acorde con la prescripción trienal decretada).

Igualmente se advierte que las sumas que resulten deberán ser indexadas; así mismo, se advierte que se generaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados mes a mes acorde con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

De donde:

V_p = Valor presente o actualizado

V_h = Valor histórico o la cifra que se actualiza

Ind. Final = el que se certifique a la fecha de la ejecutoria del fallo

Ind. Inicial = el existente a Septiembre de 2010 (para efectos de la reliquidación salarial y prestacional) y Septiembre de 2011 (para efectos de reliquidación de la asignación de retiro).

Finalmente y acorde con los lineamientos de la sentencia de unificación ya reseñada²⁶, en concordancia con la posición del Tribunal Administrativo de Casanare se dispondrá autorizar al *MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL*, para que en virtud del principio de sostenibilidad del régimen de pensiones y salud, realice de manera indexada los descuentos con destino a seguridad social integral respecto del IBL que se incrementó por razón del fallo, de manera que concuerden el IBC y dicho IBL, a partir de la fecha en que pasó a la modalidad de soldado profesional (1º de noviembre de 2003) hasta la de su retiro definitivo, sin que haya lugar a prescripción de la diferencia de aportes, según línea trazada por el superior funcional.

Costas y Agencias en Derecho:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes recientes del superior funcional²⁷ y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso y que presentó y sustentó su tesis jurídica de manera seria, no es legalmente dable la condena en costas; igualmente, este mismo discernimiento ha sido aplicado para resolver las solicitudes de Agencias en Derecho, motivo por el cual también se negará su procedencia al no evidenciarse una conducta temeraria proveniente de la parte demandada.

Por lo anteriormente reseñado, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare - Sistema Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. 20145660977601 del 15 de Septiembre de 2014 (por medio del cual se negó el reajuste y/o reliquidación salarial y prestacional del 20% del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas), expedido por el Jefe de Procesamiento de Nómina del Ejército Nacional; 2014-75695

²⁶ Sentencia del 25 de Agosto de 2016, Sección Segunda, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Benicio Antonio Cruz Vs Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, radicado No CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015)

²⁷ Tesis recientes del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Nestor Trujillo Gonzalez Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No 850012333002-2012-00201-00 Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs DIAN Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendiveslo Vs Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No 850013333001-2012-00030-01

del 29 de Septiembre de 2014 (por medio del cual se negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas e igualmente su reliquidación y/o reajuste de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004) y 2014-83399 del 28 de Octubre de 2014 (por medio del cual se le negó la reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro del señor del ex soldado profesional Jhon Peñuela Rojas, derivado del incremento salarial del 20%), expedidos por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, acorde con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a liquidar y pagar al señor JHON PEÑUELA ROJAS, identificado con C.C. No. 17.345.742, las diferencias salariales y prestacionales que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en los periodos comprendidos desde el 9 de Septiembre de 2010 (acorde con la prescripción cuatrienal decretada) hasta el 3 de Julio de 2012 (fecha en la cual se produjo su baja efectiva – acorde con lo contemplado en la Resolución No. 3935 del 9 de Julio de 2012).

Igualmente se advierte que las sumas que resulten deberán ser indexadas; así mismo, se advierte que se generaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados mes a mes acorde con la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" para que efectúe la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro del señor JHON PEÑUELA ROJAS, identificado con C.C. No. 17.345.742, a partir del 9 de Septiembre de 2011 (por aplicación de la prescripción trienal contemplada en el Decreto 4433 de 2004), acorde con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia y principalmente siguiendo los siguientes parámetros:

a) El salario básico del respectivo año deberá ser incrementado acorde con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, aplicando el salario mínimo legal vigente del respectivo año, incrementado en un sesenta por ciento (60%).

b) Incluir como partida computable para la liquidación de la Asignación de Retiro, el subsidio familiar que se encontraba devengado el actor al momento de su retiro del servicio.

c) Deberá dar estricta aplicación a lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en e; sentido de aplicar el 70% **exclusivamente** sobre la sumatoria de las siguientes partidas: el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año, incrementado en un 60%.

Así las cosas, la operación matemática quedará distribuida de la siguiente manera:

Salario básico (equivalente al s m m.l.v. del respectivo año) incrementado en un 60% (de conformidad con el inciso final del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000); a dicha sumatoria se le debe sacar el 70% (contemplado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004); y a dicha suma se le debe adicionar el 38,5% de la Prima de Antigüedad (dicho porcentaje se debe aplicar para el caso en concreto sobre el 58,5 del monto correspondiente a la Prima de Antigüedad que se encontraba devengando el actor en el servicio) y el Subsidio Familiar devengado por el actor; el resultado de esta última operación será el monto final de la asignación de retiro del demandante. Para una mayor ilustración se deberá acudir a la liquidación a modo de ejemplo efectuada por el Despacho en la parte considerativa de esta providencia.

Se advierte que las sumas que resulten deberán ser indexadas; así mismo, se advierte que se generaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados mes a mes acorde con la fórmula señalada en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción a cargo del demandante, por concepto de aportes a la seguridad social en salud y pensiones, sin prescripción alguna, en los términos y con las limitaciones señaladas en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR la prescripción cuatrienal de las diferencias salariales y prestacionales causadas a favor del señor JHON PEÑUELA ROJAS, que sean anteriores al 9 de Septiembre de 2010 (de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990); igualmente **DECLARAR** la prescripción trienal de las diferencias de las mesadas de la Asignación de Retiro del prenombrado ciudadano, que sean anteriores al 9 de Septiembre de 2011 (de conformidad con el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004).

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No condenar en costas, ni agencias en derecho, de conformidad con lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

DÉCIMO: Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

DÉCIMO PRIMERO: Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, previa acreditación de su cumplimiento, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ

JUEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA
CIRCUITO JUDICIAL DEL
SEGUNDO ADMINISTRATIVO