

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN- REPARTO

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUIS HORACIO CALAMBAS MELENJE

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Diana Sofía García Villegas, mayor de edad, vecina y domiciliada en esta ciudad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando conforme al poder a mi conferido por el Soldado Profesional® **LUIS HORACIO CALAMBAS MELENJE**, respetuosamente comparezco ante usted para formular demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, representados legalmente por el Mayor General EDGAR CEBALLOS MENDOZA o por quien haga de sus veces, para que previos los tramites del juicio oral surtido con citación y audiencia se disponga mediante sentencia definitiva las siguientes o similares:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS:

1. Que se declare la NULIDAD del Acto Administrativo 2016-16824 del 16 marzo de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares-CREMIL dispongan el reconocimiento y pago a favor del demandante de la reliquidación de la asignación de retiro en los siguientes términos:

a. Se Reajuste y Reliquide la asignación de retiro tomando como salario básico mensual, Un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente incrementado en un 60%, como lo establece el Decreto 1794/2000 Artículo 1 inciso 2, y liquidarlo en un 70%.

b. Se Reajuste y Reliquide la asignación de retiro en la partida conocida como prima de antigüedad, tomando el salario básico mensual ordenado en la pretensión anterior y **adicionarlo** con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Toda vez que se incurrió en un error en la liquidación al aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre éste 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 a mi representado.

c. Se Reconozca y Reliquide la asignación de retiro del demandante incluyendo la partida del subsidio familiar en la misma proporción que devengaban en actividad, toda vez que la entidad vulnera el derecho de igualdad al reconocer dicha partida como factor de liquidación de la asignación de retiro solo en un 30%.

d. Se Reajuste y Reliquide la Asignación de retiro del demandante incluyendo como partida computable todo el dinero devengado en actividad como contraprestación a sus servicios, tales como salarios, primas, vacaciones, cesantías, subsidio de familia, bonificaciones, sobresueldos, indemnizaciones. etc.

DIANA SOFÍA GARCÍA VILLEGAS- ABOGADA ESPECIALISTA DERECHO ADMINISTRATIVO

CEL. : 3192123543 -3004553399

Sofia.garciav@hotmail.com

2. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde la fecha de retiro.
3. Que una vez hecha la reliquidación se le continúe pagando a mi poderdante la asignación de retiro con el nuevo valor que arroje.

La liquidación deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, debiendo ajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor I. P. C. certificado por el DANE.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.
5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.
6. Que se condene en costas al demandado.

Las anteriores peticiones se fundamentan en los siguientes:

II. HECHOS Y OMISIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO:

1. Mi representado se encontraba vinculado al Ejército Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, esto es desde el 30 de agosto de 1994, en calidad de soldados voluntarios de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, es decir que adquirieron el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con la mencionada norma.

2. Mi representado, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados soldados profesionales a partir del mes de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 de 2000 -*Por el cual se expide el Régimen de carrera y Estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*- y Decreto 1794 de 2000 -*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*-. Que estableció un salario para el personal que ingresase bajo la cobertura de este nuevo régimen consistente en 1 SMMLV más un 40% del mismo salario y en 1 SMMLV más un 60% al personal que ingreso bajo el imperio de la ley 131 de 1985.

3. el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia durante 22 años, 0 mes y 8 días, razón por la cual se le otorgo el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual fue reconocida mediante Resoluciones No. 3293 del 21 de abril de 2015

4. En la liquidación de la asignación de retiro realizada por CREMIL, se evidencian varios defectos, a saber:

A) se está tomando como asignación básica mensual un SMLMV incrementado en un 40%, cuando debería de ser un SMMLV incrementado en un 60%, por lo que la liquidación de las partidas pensionales en relación al salario básico debió ser tomado según lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 de la ley 1794 de 2000; es decir el 70% del valor que resulte de tomar un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente incrementado en un 60% y no en un 40%.

B) Adicionalmente se observa la indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar; Pues CREMIL al

DIANA SOFÍA GARCÍA VILLEGAS- ABOGADA ESPECIALISTA DERECHO ADMINISTRATIVO
CEL. : 3192123543 -3004553399
Sofia.garciav@hotmail.com

liquidar esta partida primero toma 38.5% de lo devengado en actividad y luego a ese resultado le afecta nuevamente en un 70%, afectando doblemente la prima de antigüedad toda vez que la norma establece que el soldado ® tendrá derecho al 70% del salario básico mensual, adicionado con un 38.5% concerniente a la prima de antigüedad, de igual forma el salario básico no es el establecido, ya que la norma aplicable debe ser el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794/2000, esto es un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento.

C) En la liquidación de la asignación de retiro que CREMIL le cancela a mi poderdantes, se reconoció el subsidio familiar en un 30% vulnerando el derecho de igualdad, toda vez que para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, incluso el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional si se les incluye en su pensión dicha partida en la misma proporción que devengaban en actividad.

D) En actividad mi representado recibía como contraprestación a su labor desempeñada, salario básico mensual, subsidio de familia, prima de antigüedad, bono de orden público, cesantías, vacaciones, dos primas al año, dineros que no se tuvieron en cuenta para liquidar la asignación de retiro, en vulneración al derecho a la igualdad creando una desigualdad frente a los miembros del Ministerio de Defensa Nacional tanto civiles como militares y de Policía, toda vez que a ellos se les incluye todos los factores salariales, lo que está en contra de la jurisprudencia y los preceptos actuales.

6. Por las razones anteriores el 14 de enero de 2016 se envió derecho de petición solicitando el reajuste de la asignación de retiro del demandante la cual fue recibida en la entidad el 16 de enero de 2016.

7. Mediante oficio 2016-16824 del 16 marzo de 2016, notificado el 01 de abril de 2016, se dio respuesta negativa a la petición de reajuste pensional.

8. El Demandante me confirió poder para representarlo.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. Constitución Política: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58.
2. Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011: Artículos 138 y 159)
3. Ley 4ª de 1992: Artículo 10
4. Decreto 1793 de 2000.
5. Decreto 1794 de 2000.
6. Decreto 4433 de 2004.
7. Decreto 1162 de 2014 art. 1
8. Decreto 3770 de 2009

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

➤ **De la asignación básica de liquidación:**

Inaplicación del inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 del 2000, ya que se está tomando 1 S.M.M.L.V. + 40%, cuando la asignación básica de liquidación debe tomarse en 1 S.M.M.L.V. + 60%.

El artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, regula:

*“Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, **con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.**”*

El régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares fue establecido mediante Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, norma que en su artículo 1º regula:

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

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%).**” (Se resalta)*

Mi representado ingresó al Ejército Nacional en condición soldado regular, se desempeñó como soldado voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a 31 de Diciembre de 2000 y fue designado como soldado profesional a partir del 1º de Noviembre de 2003, por tanto su situación se enmarca perfectamente y sin lugar a discusiones, en los parámetros establecidos en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por lo anterior es claro y evidente que el último salario que debió devengar el soldado profesional antes de ser retirado del Ejército Nacional debía ser de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% y es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del reclamante, pues resulta ilógico e ilegal que se liquide sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

- **Error en el cálculo de los factores y porcentajes a liquidar:** Doble afectación a la prima de antigüedad.

El artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, establece:

*“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.” (Se resalta).*

Conforme a la lectura de la norma la asignación de retiro de mi representado debió ser liquidada de la siguiente manera:

SUELDO BÁSICO (2015): 1 S.M.M.L.V. + 60%	\$1.030.960.00
70% DEL SUELDO BÁSICO	\$721.672.00
MAS 38.5%:	\$ 396.919.00
SUBSIDIO DE FAMILIA: (***)	\$ 644.349.00
ASIGNACIÓN DE RETIRO TOTAL:	\$1.762.940.00

*** En esta liquidación se incluyo el 100% de lo devengado en actividad como subsidio familiar

Revisada la Resolución proferida respecto de mi representado y la proyección de la asignación de retiro, se encuentra que la formula que decide aplicar la CAJA DE

SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES para determinar el monto de la asignación de retiro, es la siguiente:

SUELDO BÁSICO (2015): 1 S.M.M.L.V.+ 40%	\$902.090.00
MAS 38.5%:	\$347.304.00
SUBTOTAL	\$1.249.394.00
70% DEL SUBTOTAL	\$874.576.00
SUBSIDIO FAMILIAR 30%	\$169.142.00
ASIGNACIÓN DE RETIRO TOTAL:	\$1.043.718.00

Como se observa la fórmula aplicada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre éste 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 a mi representado.

Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia importante a favor de mi representado dada la cuantía de la asignación de retiro, que actualmente está devengando.

➤ **De la excepción de inconstitucionalidad:**

Violación al Derecho a la igualdad por la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro en un 30% - numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y Decreto 1161 de 2014-

En este aspecto es importante hacer ahínco en que solo hasta el año 2014, mediante Decreto 1162, se estableció que el subsidio familiar seria partida computable dentro de la asignación de retiro de los soldados profesionales, inclusión que se les había negado durante 14 años, es decir desde que se otorgó dicho subsidio en el decreto 1794 de 2000, mismo subsidio que fue arrancado de la vida jurídica con el decreto 3770 de 2009, privando a miles de soldados de acceder a dicha partida, disponiendo que solo quienes ya lo tenían reconocido podrían seguir percibiéndolo.

Sin embargo, es menester aclarar que el decreto 1162/14 ordeno que dicho computo seria solo en un 30%, el mentado decreto dispuso:

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

Para el presente caso, resulta evidente la vulneración del derecho a la igualdad de mi representado, si se tiene en cuenta que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se establece:

“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 6º 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 encuentra reconocido a la fecha de retiro.**
- 13.1.8. Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

- 13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.
- 13.2.2. Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.
- ...

La diferencia planteada también se observa al analizar el artículo 23 del mismo Decreto 4433 de 2004, norma que establece la Asignación de Retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia para el personal de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de **invalidez**, y la pensión de sobrevivencia a las se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

- 23.1.1 Sueldo básico.
- 23.1.2 Prima de actividad.
- 23.1.3 Prima de antigüedad.
- 23.1.4. Superior de Prima de academia.
- 23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6 ° del presente decreto.
- 23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.
- 23.1.7 **Subsidio familiar en el porcentaje se encuentre reconocido a la fecha de retiro.”**

En el Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional” también se puede notar que como cómputo para la pensión se tiene en cuenta el subsidio familiar para el personal civil del ministerio de defensa:

ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

DIANA SOFÍA GARCÍA VILLEGAS- ABOGADA ESPECIALISTA DERECHO ADMINISTRATIVO
CEL. : 3192123543 -3004553399
Sofia.garciav@hotmail.com

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.**
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1o. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

PARAGRAFO 2o. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales.”

Es claro que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solo incluyó como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el subsidio familiar devengado por el demandante en un 30% en aplicación de lo establecido en la norma citada; Sin embargo, se debe aplicar la EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD con relación al numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y decreto 1161 de 2014, por ser abiertamente contraria a lo establecido en los Artículos 13 y 53 de la Constitución Política:

“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 por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

“ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

Como se observa los soldados profesionales, entre ellos mi representado, se encuentran en desigualdad de condiciones, porque para los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, para los miembros de la Policía Nacional, e incluso para todo el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se incluye como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar en el mismo porcentaje que lo devengaban en actividad.

Es decir que el Soldados Profesionales son los UNICOS miembros al servicio del Ministerio de Defensa que devengan el subsidio familiar solo en un pequeño porcentaje en su asignación de retiro, sin tomar en consideración que también son los únicos miembros que tienen la obligación de enfrentar directamente la guerra y todos sus vejámenes.

La gran mayoría de los soldados profesionales, por no decir todos, sufren durante su vinculación con el ejército Nacional pérdida en su capacidad laboral, lo que les impide desempeñarse laboralmente con posterioridad a su retiro de la Institución, hecho que los obliga a vivir de la asignación por retiro que les es reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

JURISPRUDENCIA:

Frente al tema del incremento del 20% por el cambio de soldado voluntario a profesional, no queda más que citar la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida por el Consejo de Estado el pasado 26 de agosto de 2016 con ponencia de la Doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, mediante la cual se accede a las pretensiones del demandante frente a dicho reajuste, que al tenor de lo literal reza:

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷⁸ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁷⁹ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁸⁰ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁸¹ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁸² y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁸³ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793⁸⁴ y 1794⁸⁵ de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengaban los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.⁸⁶

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁸⁷ les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁸⁸ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,⁸⁹ sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁹⁰ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.”

Por otra parte, es menester citar a modo de referencia una de las sentencias en las que el Consejo de estado¹ conoce del tema bajo estudio en sede de tutela, pues por cuantía no son competentes para conocer en segunda instancia, sin embargo deja sentada su posición frente al caso de autos en lo referente a la doble afectación de la prima de antigüedad y la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por la no inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Me permito citar los apartes pertinentes:

“En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

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

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser

¹ Consejo De Estado Sala - Sección Primera, 11 de diciembre de dos 2014 Consejera Ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01. ACCIÓN DE TUTELA. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLÓREZ.

adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo **“adicionado”**.

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

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que si se incluye para la de los oficiales y suboficiales, la sección segunda, Subsunción B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la sala, concluyo que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada:

Al efecto, dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“La Asignación de Retiro...”

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

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

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

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

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.”

Las consideraciones transcritas resultan plenamente aplicables al caso concreto, habida cuenta de que el Tribunal demandado, en el fallo de 7 de febrero de 2014, cuya pérdida de efecto se pretende por vía de la presente acción de tutela, estimó que:

“Finalmente, respecto de la inclusión del subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro ordenada por el a quo, dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la Sala advierte que la misma no resulta procedente por las razones que a continuación pasan a explicarse.

...

En el presente asunto la Sala observa que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, transcrito en párrafos anteriores, determina que son partidas computables dentro de la asignación de retiro de soldados profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del citado estatuto, sin incluir el subsidio familiar que sí se encuentra previsto como partida computable para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Se evidencia entonces que dentro del catálogo taxativo que trae el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar efectivamente no se encuentra previsto como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como sí ocurre con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Sin embargo tal circunstancia en criterio de la Sala no configura por sí misma, la vulneración del derecho a la igualdad que alega el demandante y que sirve de fundamento a la excepción de inconstitucionalidad invocada.”

Obsérvese que las razones que tuvo el operador jurídico demandado para negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro y para no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que no existe violación del derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, son idénticas a las que dieron lugar a conceder el amparo en el asunto resuelto por la Sección Segunda, cuyas consideraciones prohija esta Sala en el caso concreto, para concluir que el Tribunal demandado debe proferir un nuevo fallo en el cual implique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, como medida de protección del citado derecho fundamental.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado, y dispondrá la pérdida de efecto de la **sentencia de 7 de febrero de 2014**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0105-01, y se le ordenará que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia.”

Así las cosas, y con el debido respeto frente la autonomía de interpretación del Juez solicito tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales y posiciones adoptadas por el

DIANA SOFÍA GARCÍA VILLEGAS- ABOGADA ESPECIALISTA DERECHO ADMINISTRATIVO

CEL. : 3192123543 -3004553399

Sofia.garciav@hotmail.com

Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

IV. PRUEBAS

I. DOCUMENTALES QUE SE ACOMPAÑAN CON LA PRESENTE SOLICITUD:

1. Poder conferido.
2. Copia de la reclamación radicada ante la Nación La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL.
3. copia de guía de correo certificado con sello de recibido por parte de la entidad demandada de fecha 16 de enero de 2016
4. Original del Oficio mediante el cual se resolvió la petición elevada con consecutivo No. 2016-16824 fechado el día 16 de marzo de 2016.
5. copia de guía correo certificado mediante la cual se notificó el oficio 2016-16824 notificado el 01 de abril de 2016
6. Original certificación del valor de la asignación de retiro para las vigencias fiscal de 2015-2016
7. hoja de servicios del demandante.
8. Copia autentica de la resolución No. 3293 de 21 de abril de 2015 por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

V. COMPETENCIA:

Es Usted, Juez, el competente para darle trámite a esta petición, en razón a la cuantía y a que el último lugar de prestación de servicios del demandante fue en el Batallón de Infantería No. 7 "GR. JOSÉ HILARIO LÓPEZ" con sede en la ciudad de Popayán, tal como consta en la hoja de servicio, que se adjunta.

VI. ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTÍA:

La estimación razonada de la cuantía se calcula en los siguientes términos:

Asignación básica de liquidación:

AÑO	CALCULO CREMIL: 70% de (1 SMMLV (+40%) + 38.5 P. antigüedad) + 30% subsidio familiar	CALCULO correspondiente: 70% de 1 SMMLV (+60%) + 38.5 P. antigüedad+ subsidio familiar (100%)	Diferencia mensual dejada de pagar	Diferencia anual dejada de pagar
2015	\$1.043.718.00	\$1.762.940.00	\$719.222.	\$8.630.664
A octubre 2016	\$1.116.779.00	\$1.886.350.00	\$769.571	\$7.695.710
			Total	\$16.326.374

Sumas que se adeudan deben ser debidamente indexadas con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

De acuerdo con lo anterior, es claro que las pretensiones del demandante superaría la suma de **DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE., (\$16.326.374.00)** que se reclama, cuantía que no excede los 50 salarios mínimos.

VII. NOTIFICACIONES:

El señor DIRECTOR DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en la Carrera 13 No. 27 – 00, Edificio Bochica. Mezanine, Piso 2, correo electrónico: direccion@cremil.gov.co o www.cremil.gov.co.

El demandante y la suscrita recibimos notificaciones en la Carrera 95 # 45 – 127 Cali-Valle. Teléfonos: 3192123543 -3004553399- 3779674 E-mail: sofia.garciav@hotmail.com.

VIII. ANEXOS:

- Los documentos relacionados en el acápite de PRUEBAS – DOCUMENTALES.
- 3 traslados
- 1 CD con demanda en formato PDF y los anexos.

Del Señor Juez, respetuosamente,

DIANA SOFÍA GARCÍA VILLEGAS
C.C. N° 1.061.720.146 de Popayán –Cauca
T.P. N° 235.045 del C.S.de la J.