

Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00313-00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HERNAN DARÍO PUERTA RUIZ

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Evacuada la etapa probatoria en el presente asunto y habiéndose prescindido de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **HERNAN DARÍO PUERTA RUIZ** en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

PRETENSIONES

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones¹

"1) Que se declare la nulidad del OF. 35047 del 2016-05-25, donde la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó: 1) El incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro. 2) La reliquidación de la asignación de retiro sin afectar o tomar dos veces porcentaje a la prima de antigüedad. 3) La inclusión del subsidio familiar en el 70%. 4) La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro; al soldado profesional ® HERNAN DARIO PUERTA RUIZ CC 70.418.645 en la asignación de retiro.

2) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro para el soldado profesional ® demandante, teniendo en cuenta un 20% adicional, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional conforme al parágrafo del Art. 1º del Decreto 1794 de 2000, con incidencia en todas las partidas computables.

3) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título

¹ Fl. 11 del Cuad. Ppal.

de restablecimiento del derecho a reliquidar la asignación de retiro para el soldado profesional ® demandante, con la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004.

4) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer el subsidio familiar en un 70%, en asignación de retiro para el soldado profesional ® demandante, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

5) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, en asignación de retiro para el soldado profesional ® demandante, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

6) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago, hasta que se haga efectivo en la asignación de retiro a favor del soldado profesional ® demandante, el valor sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al IPC al momento del pago, liquidadas mes a mes.

7) Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del abogado que representa al soldado profesional demandante.”.

5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA

6) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

Igualmente, al interior de la misma demanda se establecieron como relevantes del medio de control los siguientes,

HECHOS²

“1.- El señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario, es decir, antes del 31 de diciembre de 2000, como consta en la hoja de servicios que reposa en el expediente pensional.

2.- El salario, primas, prestaciones sociales y demás remuneraciones laborales devengados como soldado voluntario del señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, fueron cancelados con un monto igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% hasta el mes de octubre de 2003...

(...)

7.- Que para el mes de noviembre de 2003 y desde esta época en adelante, se canceló la asignación básica mensual, la prima de antigüedad, la prima de servicio anual, la prima de vacaciones, la prima de navidad, las cesantías y el subsidio familiar del señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, fundamentada en un monto de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40%.

8.- Que con resolución No. 1244 del 2016 se, reconoció el derecho a la asignación de retiro a favor del señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ.

9.- Que en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro CREMIL liquidó la prestación pensional del sueldo básico, teniendo en cuenta un SMLMV + 40%; así mismo, quedó afectada la partida de la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

10.- Que CREMIL para liquidar la asignación de retiro del señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, tomó el sueldo básico, después toma la partida de la prima de antigüedad en un 38.50% realiza una suma de estas dos partidas; posteriormente sacar por segunda vez un porcentaje el 70% para la liquidación del derecho y por último queda el valor total a reconocer.

11.- Que CREMIL reconoció en el acto administrativo de la asignación de retiro, el subsidio familiar a favor de HERNAN DARIO PUERTA RUIZ en el 30% del valor reconocido en actividad.

12.- Que CREMIL no incluyó como factor o partida en la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad devengada por el actor en actividad, como consta en certificación que hace parte de las prueba...

...14.- Que se suscribió derecho de petición el DP20160503 ante el CREMIL, con las siguientes pretensiones: 1) Que se incluyera el 20% adicional en la asignación de retiro, reliquidación el derecho pensional teniendo en cuenta un SMLMV + 60%; 2) Que se reliquidara la asignación de retiro tomando los porcentajes independientemente, es decir, sin computar o tomar dos veces porcentaje a la prima de antigüedad; 3) Que se reconociera y se incluyera el

² Fls. 11 y ss

subsidio familiar en un 70%, 4) Que se incluyera la duodécima parte de la prima d antigüedad liquidada con los últimos haberes a la fecha de retiro; 5) Que se actualizara el derecho de la asignación de retiro; 6) Que se expidiera copia electrónica del expediente administrativo.

15.- Que CREMIL contestó la petición de forma negativa mediante el acto acusado...”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando la legalidad de las actuaciones por ella adelantadas y, aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, esto es, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, pues respecto de los demás se opuso.

Como excepciones formuló las que denominó: a) Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado con el S.M.L.M.V., más el 60%; b) Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro; c) Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro; d) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; e) No configuración de causal de nulidad. ³

ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la oficina judicial el día 1° de septiembre de 2016, correspondió su reparto a este Juzgado, el que mediante auto de fecha 24 de octubre del mismo mes admitió la demanda.⁴

Una vez notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 69 y ss), dentro del término de traslado de la demanda, la accionada contestó la misma. ⁵

El 23 de agosto de 2017, se dio inicio a la audiencia inicial y en la etapa de resolución de excepciones se suspendió, luego de que el apoderado de la entidad demandada formulara recurso de apelación en contra del auto que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de manera parcial, el cual fuera resuelto por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de auto del 7 de noviembre de 2017, revocando la decisión atacada. ⁶

El 3 de mayo de 2018 se continuó con la celebración de la audiencia inicial, se decretó una prueba de oficio⁷, la cual una vez fue aportada al proceso se puso en conocimiento

³ Fls. 82 y ss del Cuad. PPal.

⁴ Fls. 66 y ss del Cuad. PPal.

⁵ Fls. 82 y ss

⁶ Fls. 127 y ss y 154 y ss

⁷ Fls. 173 y ss

de las partes para efectos de publicidad y contradicción; luego, mediante auto del 26 de noviembre de 2018, se fijó nueva fecha y hora para la continuación de tal audiencia, llevándose a cabo el 14 de febrero de 2019, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma.⁸ Como no se hizo necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, y así mismo, por considerarlo procedente, se corrió traslado a las partes para que presentaran oralmente sus alegatos de conclusión, procediéndose a indicar el sentido del fallo conforme lo indica el numeral 2° del artículo 182 del CPACA, siendo PARCIALMENTE FAVORABLE a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE LAS PARTES

PARTE DEMANDANTE

Reitera los argumentos de la demanda, y solicita que se acceda a las pretensiones, haciendo énfasis en que aunque existe un acto administrativo de reconocimiento respecto de la primera pretensión, no está demostrado que la liquidación de tal reconocimiento (incremento del 20%), se haya efectuado correctamente. En cuanto al subsidio familiar y a la prima de navidad, recalca que se reclama un trato igualitario, ante la discriminación existente entre oficiales y soldados profesionales.

PARTE DEMANDADA

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda y solicita que se denieguen las pretensiones. Finalmente, solicita se tenga en cuenta la documental allegada el 5 de febrero pasado.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un ex empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de acuerdo todo ello con lo previsto en los artículos 104, 138, 155 numeral 2° y 156 numeral 3° de la Ley 1437 de 2011.

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿El demandante, tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, con la inclusión de un 20% adicional, correspondiente a la asignación básica, sin afectar dos veces la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, incluyendo el subsidio familiar en porcentaje del 70% y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad como partidas

⁸ Fls. 206 y ss

computables o por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho y en consecuencia no tiene derecho a lo solicitado?

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Se trata del acto distinguido como Oficio No. 35047 del 25 de mayo de 2016, mediante el cual CREMIL negó las solicitudes efectuadas por el demandante, referente a que se le liquide la asignación de retiro, con la inclusión de un salario mínimo incrementado en un 60%, la prima de antigüedad liquidada tomando un 38.5% de la asignación básica, que se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar en un 70%.

FONDO DEL ASUNTO

Como quiera que el presente asunto encierra en su decisión cuatro problemas jurídicos, procede el Despacho a efectuar el análisis independiente de cada uno de ellos, en los siguientes términos:

1. **¿El demandante, en su calidad de soldado profesional (r) en disfrute de su asignación de retiro, tiene derecho a que se le incluya en la liquidación de su asignación de retiro, a título de asignación básica, un salario mínimo incrementado en un 60% conforme lo establecido en el Decreto 1794 de 2000?**

Con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4º que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

“ARTÍCULO 4º. 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.” (Subraya el Juzgado).

Posteriormente, con el ánimo de profesionalizar la carrera militar, el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 578 de 2000, profirió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde se dispuso que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podrían incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 y una vez incorporados les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Los artículos del Decreto 1793 de 2000 que atañen a la situación descrita son los siguientes:

***“ARTÍCULO 3. INCORPORACION.** La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante*

nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.

(...)

ARTÍCULO 5. SELECCION. *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza. En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

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

(...)

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.* (Subraya fuera del texto original)

Sin embargo, el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, dispuso:

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

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

A través de las Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 de enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa Nacional incorporó masivamente a los soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003.

Sobre la interpretación de dicho artículo, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, con ponencia de la Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez⁹, señaló 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%, bajo el siguiente tenor literal:

"Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

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, 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, 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, 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, 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 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

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 1793 y 1794 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 devengan 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.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 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, 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, 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 2000 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%." (Subrayado del Despacho).

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40% como erróneamente lo hizo la entidad demandada.

En el *sub-judice*, se tiene demostrado que el demandante ingresó al Ejército Nacional y su vinculación se ha desarrollado de la siguiente manera¹⁰:

Vinculación	Desde	Hasta
Soldado regular	03 de marzo de 1995	31 de agosto de 1996
Soldado voluntario	01 de mayo de 1997	31 de octubre de 2003

¹⁰ Fl. 3 del expediente.

<i>Soldado profesional</i>	<i>01 de noviembre 2003</i>	<i>30 de marzo de 2016</i>
----------------------------	-----------------------------	----------------------------

- A partir del 1° de noviembre del 2003, cuando fue incorporado como soldado profesional, el demandante devengó como asignación básica un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario¹¹.
- El 04 de mayo de 2016, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro, entre otras peticiones, con el fin de que se tomara como ingreso base de liquidación, la asignación básica correspondiente a un salario mínimo más un 60%, conforme el artículo 1° inciso segundo del Decreto 1794 de 2000, petición resuelta de forma desfavorable a través del acto acusado.

Con base en la anterior relación, para este Despacho, el demandante, desde que se incorporó como soldado profesional, 1° de noviembre de 2003, y por haber sido incorporado como soldado voluntario inicialmente, debió recibir como remuneración básica, un salario mínimo incrementado en 60%, en consideración a la prerrogativa que el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000 otorgó a los soldados voluntarios que se incorporasen como profesionales, por lo que se torna procedente reliquidar la asignación de retiro, teniendo en cuenta el porcentaje mencionado.

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, pues le asiste el derecho al accionante de reajustar su asignación de retiro en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en 40% al momento de incorporarse como soldado profesional) y el monto que debía devengar conforme el art. 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en el 60%).

Ahora bien, se hace necesario advertir, que el 3 de mayo de 2018, cuando se dio continuación a la audiencia inicial, en la etapa de saneamiento, la apoderada de CREMIL manifestó que mediante **Resolución No. 6555 de 2018**, la entidad a la que representa realizó el incremento del 20% peticionado por la parte demandante, motivo por el cual, el Despacho, en aras de establecer la situación actual del solicitante en relación con la pretensión del incremento del 20% adicional al salario mínimo mensual legal vigente y haciendo uso de la facultad de decretar pruebas de oficio, dispuso oficiar a CREMIL para que informara:

“...Si al señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, le fue reconocido el incremento del 20% del salario básico como partida computable de la asignación de este y en caso afirmativo desde que fecha se reconocerá tal valor...”

En este último caso se solicita allegar al expediente copia de la resolución No. 6555 del 1 de marzo de 2018, con constancia de notificación de la misma a la parte demandante o su representante judicial...Finalmente se solicita se remita

¹¹ Ver hoja de servicios folio 3 del expediente

a este despacho copia del complemento de la hoja de servicios militares 3-70418645 del 12 de septiembre de 2017...".¹²

Revisado el cuaderno de prueba de oficio, advirtió el Despacho que la entidad demandada aportó entre otras, copia de la Resolución No. 6555 del 1° de marzo de 2018, a través de la cual se dispuso el incremento del 20% el sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, a partir del 30 de marzo de 2016¹³, fecha a partir de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de su asignación de retiro¹⁴ y copia de la citación de notificación de la mentada resolución.¹⁵

Igualmente, la entidad accionada recientemente aportó copia del **oficio 2019-00503 del 5 de febrero de 2019** a través del cual certifica no sólo la notificación de la Resolución precitada sino también, de la **Resolución 19884 del 18 de octubre de 2018**, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición incoado por el apoderado del señor PUERTA RUIZ respecto de la primera de las mencionadas.

Así las cosas, para el Despacho es claro que en lo atinente a esta pretensión, previo a la emisión de esta sentencia, la entidad demandada accedió a las súplicas del actor, razón por la cual, en lo que respecta al **restablecimiento del derecho**, el despacho considera que se ha de tener en cuenta lo ya reconocido por la entidad a través de las resoluciones precitadas y ordenará que de haberlo hecho ya, proceda a cancelar los reajustes ordenados allí.

2. ¿El demandante, en su calidad de soldado profesional retirado en disfrute de su asignación de retiro, está devengando la prima de antigüedad conforme lo prescribe el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Considera el apoderado actor que la forma como le fue reconocida y liquidada la asignación de retiro en su calidad de soldado profesional no se encuentra conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1161 de 2014, asistiéndole derecho a que se le liquide la asignación de retiro, tomando el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

La asignación de retiro del accionante se encuentra liquidada conforme a la normatividad vigente.

¹² Fl. 173 del Cuad. Ppal.

¹³ Fl. 14 Cuad. Pba de Oficio

¹⁴ F. 4 del Cuad. Ppal.

¹⁵ Fl. 19 del Cuad. Prueba de Oficio

TESIS DEL DESPACHO

La tesis que sostendrá el Juzgado es que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda frente a este aspecto, por cuanto, la forma en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- liquidó la asignación de retiro del demandante, contraría la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en lo que tiene que ver con el porcentaje tomado por concepto de prima de antigüedad.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, estableció la forma de liquidar la asignación de retiro para soldados profesionales, de la siguiente forma:

“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.

El salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., a que hace referencia el artículo anterior, dispone:

“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.”

El mencionado Decreto 1794 de 2000 al establecer el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, señaló:

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con

la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Así las cosas, la asignación de retiro de los soldados profesionales corresponde al 70% del salario mensual (salario mínimo + 60% en el caso del demandante), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En relación con la forma en que debe liquidarse la asignación de retiro y el cálculo del porcentaje de la prima de antigüedad, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00822-00, dispuso:

“Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015¹⁶, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

“4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.

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.”* (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).

Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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 adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

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.”¹⁷.

Posteriormente, en decisión de 23 de junio de 2017, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Expediente 11001-03-15-000-2017-01058-00, dentro de acción de tutela, reiterando providencia del 9 de marzo de 2017 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁸, al pronunciarse sobre el reajuste de la asignación de retiro por afectar doblemente la prima de antigüedad, reiteró la anterior posición, aclarando que el porcentaje del 38.5% se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual:

*“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que **debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual...**”.* (Negrillas y subrayas del despacho)

Así las cosas, considera el Despacho que, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales retirados del servicio, debe realizarse a partir de un 70% del salario mensual cuyo resultado se **adiciona** con el 38.5% de la prima de antigüedad porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Detallado lo anterior, procede el Despacho a establecer lo probado en el proceso:

¹⁷ Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 9 de marzo de 2017. CP. William Hernández Gómez. Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez. Exp. 66-001-23-33-000-2013-00079-01

- Mediante Resolución No. 1244 del 19 de febrero de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- efectuó el reconocimiento de asignación de retiro al accionante en su grado de **soldado profesional**, por contar con 20 años, 04 meses y 05 días de servicio.¹⁹
- Al momento del retiro del servicio, el accionante se encontraba devengando un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y devengaba una prima de antigüedad equivalente al 58.5%. del sueldo básico.²⁰

Ahora bien, se realizará por parte del despacho un cuadro comparativo respecto a cómo se realizó la liquidación por parte de la demandada y la liquidación realizada en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO REALIZADA POR CREMIL²¹

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2016 + 40%)	\$ 965.237
70% DEL SUELDO BÁSICO	\$ 675.666
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BASICO x 38.5%)	\$ 260.131
SUBTOTAL	\$ 935.797

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO ESTABLECIDA CON EL DECRETO 4433 de 2004 ARTÍCULO 16:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO TOMANDO EL 70% SUELDO BÁSICO MÁS EL 38.5 % DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD DEVENGADA	
SUELDO BÁSICO 2016 (SMLMV + 60%)	\$ 1.103.126
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	\$ 772.188.20
38.5% (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	\$ 424.703.51
70% DEL SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	772.188.20 + 424.703.51
TOTAL	\$1.196.891.71

Se advierte, que la forma en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- viene liquidando las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, contraría a la interpretación que del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en lo que tiene que ver con la prima de antigüedad.

Ahora bien, de la operación matemática realizada, para la titular de este despacho, el acto administrativo acusado adolece de nulidad, pues como se señaló con antelación, al demandante le asistía el derecho de que su asignación de retiro fuera liquidada en

¹⁹ Fls. 4 y ss del Cuad. PPal.

²⁰ Fl. 3 del Cuad. PPal.

²¹ Fls. 3 y 4 del Cuad. PPal.

los términos de la interpretación previamente establecida.

Las sumas causadas como efecto de la liquidación que se ordena deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud y demás.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

3. ¿Se debe adicionar y liquidar en la asignación de retiro del demandante, la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, por vía de excepción de inconstitucionalidad y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004?

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostiene, que en aplicación del derecho constitucional de igualdad, debe liquidarse la asignación de retiro que disfruta como soldado profesional, incluyendo en la misma como factor salarial, la duodécima parte de la prima de navidad percibida con los haberes recibidos a la fecha de retiro.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que el régimen pensional de los soldados profesionales, no contempla lo devengado por prima de navidad, como factor para liquidar la asignación de retiro.

TESIS DEL DESPACHO

Para el Despacho en el presente asunto el demandante no tiene derecho a la inclusión de la duodécima parte prima de navidad en la asignación de retiro, como quiera que la

normativa aplicable a los soldados profesionales no dispone dicha prestación como partida computable, sin que tal circunstancia constituya violación alguna al derecho a la igualdad.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

Para desarrollar la tesis planteada, el Despacho abordará el análisis a partir del régimen salarial de los Soldados Profesionales, pasando por el régimen aplicable para la asignación de retiro.

El Decreto 1794 de 2000, estableció el régimen salarial de los soldados profesionales y el Decreto 4433 de 2004, determinó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La Prima de Navidad se encuentra regulada para los Soldados Profesionales en el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 5. Prima de navidad. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre de cada año.

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

El Decreto 4433 de 2004 señala en su artículo 13, las partidas computables para el reconocimiento de **la asignación de retiro**, la pensión de invalidez, y de sobrevivencia para el personal de las Fuerzas Militares, determinados según sus beneficiarios se desempeñen como oficiales y suboficiales o como soldados profesionales, 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 (Negrillas del Juzgado).

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."*

Igualmente el artículo 16 del Decreto 4433, respecto a la asignación de retiro de los soldados profesionales sostiene:

"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."*

De los preceptos normativos referidos en precedencia se desprende, que la prima de navidad no fue reconocida por el legislador como una partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, siendo ésta una prerrogativa consagrada únicamente para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Pese a lo anterior, es necesario establecer si la exclusión expresa de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales consagrada en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta violatoria del derecho a la igualdad y en consecuencia, es posible inaplicar la mentada disposición en virtud de la excepción de inconstitucionalidad a que hace referencia el artículo 4° de la Constitución Política o si la misma se encuentra ajustada a la Constitución.

Para determinar cuando el trato desigual es discriminatorio, la H. Corte Constitucional desarrolló una herramienta metodológica denominada juicio integrado de igualdad, la cual, permite determinar si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, en los siguientes términos:

"El juicio integrado de igualdad

29. Esta herramienta metodológica se compone de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación.

30. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último "adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero".

Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Por ello, la Corte ha reiterado que "la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio", al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida."²²

En consideración a lo antes expuesto, encuentra el Despacho que en el presente asunto resulta procedente aplicar el juicio integrado de igualdad determinado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes referida, para establecer si el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad del demandante o si por el contrario, la distinción a que hace referencia resulta ajustada a la Constitución Política.

Así las cosas, siguiendo la herramienta metodológica establecida por la H. Corte Constitucional, debe en primer lugar establecerse el criterio de comparación, es decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza, en este punto se advierte, que entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se presentan diferentes elementos diferenciadores, entre ellos se destacan, las tareas, las responsabilidades y los deberes propios de cada uno de los cargos.

ELEMENTO DIFERENCIADOR	SOLDADOS PROFESIONALES	OFICIALES Y SUBOFICIALES
FUNCIONES	Actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público.	Los suboficiales ostentan funciones de apoyo a los oficiales y los Oficiales ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, operaciones y unidades.

²² Sentencia C-161 de 2016 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

INGRESO	Ostentan un sistema de ingreso laxo, puesto que desempeñan funciones operativas.	Tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad.
---------	--	--

Del anterior cuadro comparativo es factible concluir, que estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor arbitrariamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente, obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables.

Determinado lo anterior, en segundo lugar debe determinarse si el trato desigual es arbitrario e irracional, este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida, analizando tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio.

En el *sub lite* tenemos que *el fin buscado con la medida* no es otro que reconocer una asignación de retiro de mayor cuantía a quienes por sus funciones, calidades, conocimiento, competencias y responsabilidades, desempeñaron un cargo de mayor jerarquía.

En cuanto al *medio empleado*, tenemos que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció un mayor número de partidas computables en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales en relación con los soldados profesionales.

Finalmente la *relación entre medio y fin*, para el Despacho al reconocer un mayor número de partidas computables, la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, será proporcionalmente más elevada en relación con los soldados profesionales.

En este sentido, encuentra el Despacho que en efecto el medio resulta adecuado para lograr el fin, por cuanto resulta ajustado a la Constitución Política, que quienes ocupan un cargo de mayor jerarquía y desarrollan funciones que requieren competencias y habilidades especiales, reciban una remuneración mayor que se verá reflejada en la asignación de retiro.

En consecuencia, para el Despacho el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, supera el juicio integrado de igualdad y en consecuencia, no hay lugar a inaplicarlo por resultar constitucional, debiéndose negar la pretensión formulada al respecto.

4. **¿El demandante, en su calidad de soldado profesional en disfrute de asignación de retiro y en aplicación del principio de igualdad, tiene derecho a que se le incluya en la liquidación de su asignación de retiro, el 70% de la partida denominada subsidio familiar, en los términos del Decreto 1161 de 2014?**

MARCO NORMATIVO SELECCIONADO

Las normas que servirán de fundamento a la presente decisión serán:

Constitución Nacional, artículos 4, 13, 53, 150, 216 y 217.

Decreto 1794 de 2000

Decreto 3770 de 2009

Decreto 1161 de 2014

Decreto 1162 de 2014

Artículo 148 del CPACA

FONDO DEL ASUNTO:

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostiene la parte demandante, que en aplicación del principio a la igualdad, debe reliquidarse la asignación de retiro que disfruta el demandante como soldado profesional, incluyendo en la misma como factor salarial, el 70% del subsidio familiar devengado por al momento del retiro, en aplicación del Decreto 1161 de 2014.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

La demandada, por su parte, se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que el régimen pensional de los soldados profesionales, no contempla lo devengado por subsidio familiar, como factor para liquidar la asignación de retiro.

TESIS DEL DESPACHO

En el presente asunto el demandante no tiene derecho a que se le incluya el 70% del subsidio familiar que devengaba como activo, como partida computable para liquidar la asignación de retiro que disfruta como soldado profesional, dado que las normas que consagran dicho porcentaje en favor de estos servidores, no le resultan aplicables, por haber percibido en servicio activo el subsidio familiar consagrado en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

FUNDAMENTO DE LA TESIS DEL DESPACHO

Para desarrollar la tesis planteada, el Despacho abordará el análisis a partir del régimen salarial de los Soldados Profesionales, pasando por la forma de liquidación del subsidio familiar para Soldados Profesionales, concluyendo con el régimen aplicable para la asignación de retiro

La Ley 131 de 1985, permitió a quienes hubiesen prestado el servicio militar obligatorio continuar vinculados a la Institución castrense bajo la modalidad de soldados voluntarios, devengando una “*bonificación mensual*” equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Con el Decreto Ley 1793 de 2000 se creó la carrera militar del soldado profesional y el Decreto Ley 1794 del 2000, señaló que podrían ingresar a la carrera profesional, entre otros, los soldados voluntarios creados por la Ley 131 de 1985 y reguló la asignación básica de los soldados profesionales.

El artículo 11 de la norma ibídem –Decreto 1794 de 2000- creó, entre otros, el **subsidio familiar** a favor de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

“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”.

Posteriormente, con la expedición del **Decreto 3770 de 2009**²³ se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. Sin embargo, la mentada norma contempló un régimen de transición en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. 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” (Subrayas fuera de texto)

En aras de eliminar la situación de desigualdad creada a los Soldados Profesionales con la norma previamente referida, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1161 de 2014**, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar para Soldados

²³ DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47488. 30, SEPTIEMBRE, 2009. PÁG. 55.

Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y se establece, que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

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

- a) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;*
- b) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;*
- c) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

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

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

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

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

Propugnando por la igualdad de los Soldados Profesionales, se expidió igualmente el **Decreto 1162 del 24 de junio de 2014**, por el cual, se establece que para los Soldados Profesionales que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar regulados en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta también el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, de la siguiente manera:

"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."

De los extractos legales previamente citados es del caso concluir, que frente al subsidio familiar los Soldados Profesionales, se encuentran inmersos en 2 situaciones fácticas distintas, dependiendo de la fecha de su vinculación, así:

FACTOR	SP vinculados entre el 01-01-2001 y el 30-09-2009	SP vinculados después del 1-10-2009
Subsidio Familiar en Servicio Activo	4% del Salario Básico Mensual más el 100% de la Prima de Antigüedad Mensual.	20% por cónyuge o compañera (o) permanente 20% por hijos a cargo nacidos dentro del matrimonio, cuando el SP quede viudo 3% por el primer hijo, 2% por el segundo hijo y 1% por el tercer hijo para un máximo de 6%. Máximo 26% por todos los conceptos
Subsidio Familiar Asignación de Reti	30% de lo percibido por SF servicio activo	70% de lo percibido por SF en ser activo

CASO CONCRETO

Conforme a lo anterior y de acuerdo con la normatividad aplicable al demandante al momento de ser retirado del servicio, para computar el monto de la asignación de retiro a la que tiene derecho, se debió tener en cuenta el 30% de lo percibido en servicio activo por concepto de **Subsidio Familiar**.

Al revisar la **Resolución 1244 del 19 de febrero de 2016**, por medio de la cual, se le reconoció al demandante una asignación mensual de retiro, se aprecia que la misma se ajustó a la normatividad, dado que para liquidarla se tuvo en cuenta, su asignación básica, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

En este estado, se considera oportuno precisar, que no le resulta aplicable al demandante el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, en lo que refiere al porcentaje del subsidio familiar computable en la liquidación de la asignación de retiro, ya que dicho Decreto creó el subsidio familiar para aquellos soldados profesionales que no eran beneficiarios del Subsidio Familiar previsto en el Decreto 1794 de 2000 y el régimen de transición previsto en el Decreto 3770 de 2009 y de forma expresa consagra, que **NO** le es aplicable a aquellos Soldados Profesionales que disfrutaban el subsidio familiar previsto en el Decreto 1794 de 2000, como es su caso.

Sumado a lo anterior, como quiera que el demandante disfrutó en servicio activo del Subsidio Familiar previsto en el Decreto 1794 de 2000, su situación fáctica además de ser diametralmente distinta a la de aquellos que nunca lo devengaron, se encuentra amparada en norma especial contenida en el Decreto 1162 de 2014, que regula de forma especial, la forma en que se computará el subsidio familiar devengado en servicio activo, para la liquidación de la asignación de retiro.

Finalmente, aún si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de aplicar al demandante el Decreto 1161 de 2014, sería necesario aplicarlo en su totalidad en virtud de la inescindibilidad de la norma, es decir, no solamente el porcentaje computado a efectos de liquidación de la asignación de retiro, sino también la forma de liquidarlo en servicio activo, circunstancia que, a todas luces, resulta desfavorable al demandante, tal como se desprende de las cifras expuestas en las siguientes tablas comparativas:

Subsidio Familiar D. 1794 de 2000 (2014)	
FACTOR	VALOR
Asignación básica (SMLMV + 60%)	\$1.103.126
Porcentaje de Liquidación	4%
Subtotal	\$44.125
100% de la prima de antigüedad	\$645.328.71
Total	\$689.453.71
Porcentaje de liquidación (Asignación)	30%
Total	\$206.836.11

Subsidio Familiar D. 1161 de 2014 (2014)	
FACTOR	VALOR
Asignación básica (SMLMV + 60%)	\$1.103.126

Porcentaje de liquidación	20 % (Cónyuge)
Subtotal	\$220.625.2
Porcentaje de liquidación (Asignación)	70%
Total	\$154.437.5

Por lo antes expuesto, se despachará desfavorablemente la pretensión invocada por el demandante, tendiente a obtener la inclusión como partida computable del 70% del subsidio familiar devengado en servicio activo.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción, como quiera que está acreditado en el sub examine que el reclamo administrativo se efectuó el 4 de mayo de 2016²⁴, la asignación de retiro le fue reconocida al demandante el 19 de febrero de 2016²⁵, y la demanda se presentó el 1 de septiembre de 2016²⁶ en el *sub lite* no hay lugar a declarar prescripción alguna de derechos.

COSTAS

Se indica finalmente que el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, debido a que no se accede a la totalidad de las pretensiones incoadas de conformidad a lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo distinguido como Oficio No. 35047 del 25 de mayo de 2016, proferido por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL-, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL- **que de no haberlo hecho ya**, proceda a reconocer, reliquidar y cancelar, la asignación de retiro del demandante tomando como asignación mensual el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40%. El incremento se verá reflejado en las partidas computables.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado HERNAN DARIO PUERTA RUIZ, aplicando el 70% de la asignación básica

²⁴ Fl. 10 del Cuad. PPal.

²⁵ Fl. 4 del Cuad. Ppal.

²⁶ Fl. 24 del Cuad. PPal.

adicionada en un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con la interpretación realizada en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que en el presente asunto no ha operado la prescripción.

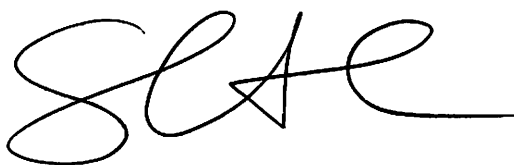
QUINTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada.

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza