



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-753-2015-00179-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NÉSTOR RAÚL PIZARRO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Tema: Reliquidación asignación de retiro de soldado profesional y Otros.

Procede el Despacho a dictar el sentencia 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 el señor NÉSTOR RAÚL PIZARRO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" radicado con el No. 73001-33-33-753-2015-00179-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (fls. 19 y ss):

*"1. Que se declare la nulidad del **OF 34848 del 2015-05-27**, 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 partida 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 de retiro, al Soldado Profesional (r) NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484, 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 reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484**, teniendo en cuenta **un 20% adicional**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*

*3. 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 reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484**, 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 (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484**, 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, a reconocer el **subsidio familiar en un 70%**, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484**, 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 (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484**, 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 (r) **NESTOR RAUL PIZARRO CC 75.143.484.**”

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (Fls. 20 y ss)

1. Que el señor NÉSTOR RAÚL PIZARRO, ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario, es decir, antes del 31 de diciembre de 2000.
2. Que el salario y prestaciones sociales devengadas por el demandante, fueron canceladas con un monto igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, hasta el mes de octubre de 2003.
3. Que a partir del 01 de noviembre de 2003, el demandante pasó de ser soldado voluntario a ser soldado profesional, empezando a devengar un sueldo básico equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.
4. Que a partir de noviembre de 2003, el Ejército Nacional, canceló al demandante la asignación básica, las primas de antigüedad, de servicio anual, de vacaciones y de navidad, así como las cesantías y el subsidio familiar, sobre un monto igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

5. Que mediante **Resolución No. 1061 del 09 de febrero de 2015** la Entidad demandada reconoció al demandante asignación de retiro, a partir del 16 de abril de 2015 (fls. 3 a 4).
6. Que la asignación de retiro del demandante se liquidó tomando un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, quedando igualmente afectada la partida de la prima de antigüedad y el subsidio familiar.
7. Que la Entidad demandada para liquidar la asignación de retiro del demandante, sumó las partidas de sueldo básico y prima de antigüedad, hallándoles por segunda vez un porcentaje del 70%.
8. Que la Entidad demandada, reconoció al demandante en la asignación de retiro, un subsidio familiar equivalente al 30% del valor reconocido en actividad.

3. Contestación de la Demanda

- **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” (Fls. 101 y s.s.)**

La apoderada de la entidad en su contestación se opone a las condenas y a la condena en costas y agencias en derecho, así mismo refiere que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales y lo consignado en la hoja de servicios militares del actor.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó *LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO 40-60%; CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO; EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACION DE RETIRO; INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD Y EL 4% POR CADA AÑO ADICIONAL, EN LA ASIGNACION DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL O INFANTE DE MARINA; NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.*

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 5 de agosto de 2015 (fol. 1), correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Descongestión de Ibagué, el cual, mediante auto de fecha 15 de octubre del mismo año, ordenó la admisión de la demanda (Fols. 37 y ss).

El 18 de enero de 2015, en aplicación del Acuerdo No. PSATA15-103 del 16 de diciembre de 2015, se remitió el presente proceso a este Despacho, el cual, mediante auto del 18 de enero de 2015, avocó su conocimiento. (Fl. 42).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada -

CREMIL contestó la demanda. (fls. 101 y ss).

Luego, mediante providencia del 8 de mayo de 2017, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 144), a la cual se le dio inicio el 15 de agosto de 2017 (Fl. 149), habiéndose declarado probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo referente al numeral 1) de la primera pretensión así como la segunda pretensión de la demanda; decisión esta que fue revocada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, a través de auto del 25 de septiembre de 2017. (Fls. 170 y ss).

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2018 se dio continuación a la audiencia inicial, habiéndose decretado pruebas de oficio, razón por la cual, unas vez las mismas fueron allegadas y puestas en conocimiento de las partes, mediante auto del 2 de abril de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, habiendo hecho uso de este derecho ambas partes.

5. Alegatos de las Partes

5.1. Parte Demandante (Fols. 216 y ss)

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, refiriendo que en el presente caso se debe acatar lo consignado en la sentencia de unificación SUJ2850013333002201300060-01 emitida por el Consejo de Estado, aplicando la prescripción cuatrienal, y solicitó que se accediera a las pretensiones del libelo genitor.

5.2. Parte Demandada – CREMIL (Fols. 224 y ss)

Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. 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 2º y 156 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema Jurídico

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer, si:

1. *¿El demandante, en su calidad de soldado profesional en disfrute de asignación de retiro tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide su asignación de retiro tomando como partida computable un salario mínimo incrementado en un 60%, en aplicación del Decreto 1794 de 2000, habiendo ingresado al servicio como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, o si la Entidad demandada reliquidó la asignación de retiro del demandante por éste concepto?*
2. *¿El demandante, en su calidad de soldado profesional en disfrute de asignación de retiro, tiene derecho a que se le incluya el 38.5% de lo devengado como activo en concepto de prima de antigüedad, sin afectarlo con el 70% al que se refiere el numeral 1 del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?*
3. *¿El demandante, en su calidad de soldado profesional en disfrute de asignación de retiro, tiene derecho a que se le incluya en la liquidación de su asignación de retiro, la partida denominada subsidio familiar en un 70%, por vía de excepción de inconstitucionalidad?*
4. *¿El demandante, en su calidad de soldado profesional en disfrute de asignación de retiro, tiene derecho a que se le incluya en la liquidación de su asignación de retiro duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro?*

3. Acto Administrativo Demandado

Se trata del acto administrativo contenido en el **Oficio N°. 0034848 del 27 de mayo de 2015** por medio del cual se le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro tomando un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000.

4. 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 Lissette Ibarra Vélez¹, 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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: SANDRA LISSETTE IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: CE-SU J2 5001333300220130006001 (3420-2015). Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

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 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 manera²:

Vinculación	Desde	Hasta
Servicio militar	23 de noviembre de 1994	17 de mayo de 1996
Soldado voluntario	4 de junio de 1996	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	01 de noviembre 2003	16 de enero de 2015
Tres meses de alta	16 de enero de 2015	16 de abril de 2015

- A partir del 1º 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 salario.
- El 5 de mayo de 2015, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión del 20%, así como la reliquidación en debida forma de la prestación para que se compute correctamente la prima de antigüedad así como la partida subsidio familiar (70%) y la duodécima parte de la prima de navidad entre otras (Fols. 4 y 5). En data 27 de mayo del mismo año, las peticiones fueron resueltas de forma desfavorable a través del acto acusado.
- Que mediante Resolución No. 6609 del 1º de marzo de 2018, se ordenó el incremento del 20% de la partida computable de sueldo básico del actor, incremento efectivo a partir del 16 de abril de 2015; decisión que fuera confirmada al dirimir el recurso de reposición impetrado, mediante Resolución No. 15826 del 4 de julio de 2018.³
- Que según el oficio 2018-8672 del 6 de noviembre de 2018 expedido por CREMIL, a partir de la nómina de agosto de 2018, al actor se le tuvo en cuenta el reajuste del 20% sobre su asignación de retiro.⁴

Con base en la anterior relación, para este Despacho, el demandante, desde que se incorporó como soldado profesional, 1º de noviembre de 2003, y por haber sido incorporado como soldado voluntario inicialmente, debió recibir como remuneración

² Fl. 118 del expediente.

³ Cuad. Prueba de Oficio.

⁴ Fl. 4 Cuad. Prueba de Oficio.

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 como se precisó antes, que según el oficio 0007248 expedido por CREMIL, a partir de la nómina de agosto de 2018, al actor se le tuvo en cuenta el reajuste del 20% sobre su asignación de retiro.

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 la resolución precitada y ordenará que de no haberlo hecho ya, proceda a cancelar los reajustes ordenados allí.

2. **¿Le asiste derecho al demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada adicionando al 70 del salario mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo prescribe el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?**

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 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%).

Así las cosas, la asignación de retiro de los soldados profesionales corresponde al 70% del salario mensual, 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 2015⁵, 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)

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

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 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.”⁶.

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 Estado⁷, 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

⁶ 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.

⁷ 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 Anibal Clavijo Velásquez. Exp. 66-001-23-33-000-2013-00079-01

*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...*** (Negritas 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:

- Mediante Resolución No. 1061 del 9 de febrero de 2015, 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, 3 meses y 9 días de servicio.⁸
- 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 38.50% del sueldo básico.⁹

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 CREMIL¹⁰

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2015 + 40%)	\$ 902.090
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BÁSICO x 38.5%)	\$ 347.304
SUBTOTAL	\$1.249.394.95
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	70%
ASIGNACION DE RETIRO	\$ 874.576
MAS SUBSIDIO FAMILIAR	\$ 169.142
TOTAL	\$ 1.043.718

⁸ Fls. 3 a 4

⁹ Fol. 5

¹⁰ Fls. 5.

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 (SMLMV 2015 + 60%)	\$ 1.030.960
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	\$ 721.672
38.5% DEL 100% DEL SUELDO BÁSICO (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	\$ 396.919
70% DEL SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$ 721.672 + 396.919
TOTAL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL AÑO 2015	\$ 1.118.591

De lo anterior se desprende que la forma en que la Entidad demandada liquidó la asignación de retiro del demandante contraría el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que respecta al cómputo de la prima de antigüedad, razón por la cual, el acto administrativo acusado adolece de nulidad.

Por último es del caso indicar que 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.

Conforme a lo indicado por el H. Tribunal Administrativo del Tolima¹¹, en consonancia estricta con lo que señaló el órgano de cierre en la sentencia de unificación de la Sección Segunda adiada 25 de abril de 2019 (NI 1701-2016) también ha de considerarse que al tenor de los lineamientos de nuestro máximo órgano de cierre, es necesario señalar que sobre la inclusión del 20% adicional, se deben realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar. 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:

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

¹¹ Sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS, diecinueve (19) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), Expediente: 73001-33-33-004-2016-00313-01

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.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir del **16 de abril de 2015** (Fols. 1 a 4)
2. Que mediante petición de fecha **5 de mayo de 2015**, el accionante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el incremento ordenado en el Decreto 1794 de 2000 y el procedimiento establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, entre otras (fol. 4 y 5).
3. Que la demanda fue presentada el día **5 de agosto de 2015** (fol. 1).

Incremento del salario conforme lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%)

Tal y como se ha señalado en forma recurrente por parte del Consejo de Estado en la sentencia de unificación¹² teniendo en cuenta que el derecho a obtener la reliquidación nace con lo indicado en el Decreto 1794 de 2000, el término prescriptivo será el establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Así las cosas, como quiera que entre la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y la fecha de presentación de la petición ante el empleador NO transcurrieron más de cuatro (4) años, habrá de señalarse que dicho fenómeno no operó.

Prima de antigüedad

En lo que tiene que ver con la prima de antigüedad, considera el despacho que la norma que ha de aplicarse es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004

¹² Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.. veinticinco (25) de agosto de 2016. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

que dispuso:

“Artículo 43.Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”.

De esta manera comoquiera que el derecho en discusión deviene directamente de la disposición contenida precisamente en el artículo 16 del precitado estatuto y que el derecho pensional se consolidó en vigencia de la misma, es claro que es dicha norma la que debe ser aplicada al caso concreto.

Al respecto es importante señalar que en reciente jurisprudencia el H. Consejo de Estado determinó la legalidad de la disposición que se aplica, conforme al siguiente razonamiento¹³:

“98. De esta manera, se infiere que dado que el Ejecutivo es la autoridad que debe fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública dentro del límite de la ley marco, en consecuencia, está investido de la potestad de configuración para señalar en detalle todos los elementos propios del régimen, entendido como el conjunto de normas que regulan esta temática específica, dentro de las cuales habrá algunos de contenido material o sustancial, relativos a las prestaciones como tal y otros de carácter adjetivo, necesarios para el cumplimiento de los anteriores, los que se pueden identificar como aquellos que la jurisprudencia ha denominado como accidentales, dados por elementos tales como condiciones, términos y modos.

99. Así las cosas, resultan claras las precisiones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-432 de 2004, anteriormente señalada, en el sentido de indicar que le corresponde al ejecutivo definir todos aquellos «elementos accidentales y variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación», relación que solamente contiene algunos de aquellos puntos que tienen la naturaleza de accidentales, dentro del cual se encuentra el término de prescripción del derecho a las mesadas, por tratarse de un aspecto adjetivo relativo a la reclamación para la realización de los derechos consagrados en el régimen especial de la Fuerza Pública”.

Por tanto, habiéndose presentado la petición de reliquidación en data el 5 de mayo de 2015, menester es indicar que el fenómeno de prescripción trienal no operó en este caso.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, diez (10) octubre de dos mil diecinueve (2019), NULIDAD, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015)

3. **¿Le asiste derecho al demandante a que en su asignación de retiro sea incluido el subsidio familiar en el mismo porcentaje que lo devengaba estando en servicio activo?**

Tesis del Juzgado.

El Despacho considera que al demandante no le asiste derecho al reajuste de la partida subsidio familiar que se le viene computando en la asignación de retiro, por cuanto el Decreto 1162 de 2014 regula expresamente la forma en que debe ser liquidada dicha partida en la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que le sea aplicable el Decreto 4433 de 2004, en tanto, ésta resulta aplicable al personal de Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, lo cual de manera alguna viola el derecho a la igualdad.

Fundamentos de la Tesis del Despacho.

1.1. Subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia”.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-508 de 1997, sostuvo que el Subsidio Familiar ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Se tiene entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El Decreto 1794 del 2000 reguló la asignación básica de los **soldados profesionales** y en su artículo 11, estableció que tendrían derecho a devengar un subsidio familiar, 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 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. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual”.

En 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 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. (Negrilla y Subrayado del Juzgado)

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. (Resalta el Despacho).

De los extractos legales previamente citados es del caso concluir, que frente al subsidio familiar los Soldados Profesionales, se pueden encontrar en dos situaciones, 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 31-10-2009
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 en Asignación de Retiro	30% de lo percibido por SF en servicio activo	70% de lo percibido por SF en servicio activo

1.2. Caso Concreto

De lo probado en el proceso

- El demandante se vinculó al servicio del Ejército Nacional como Soldado Voluntario a partir del día 4 de junio de 1996 (fol. 118)
- De conformidad con la hoja de servicios No. 3-75143484 del 23 de enero de 2015, el demandante devengó en actividad un subsidio familiar equivalente al 4% del Salario Básico más el 100% de la prima de antigüedad. (fol. 118)
- Mediante Resolución No. 1061 del 9 de febrero de 2015 se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor, tomando los siguientes factores (fls. 3 y ss):
 - "En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015) indicando en el numeral 13.2.1. (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).
 - Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 4 de junio de 2014."
- Mediante petición de fecha 5 de mayo de 2015, el demandante solicitó a CREMIL entre otros, el reajuste de la partida subsidio familiar que se viene computando

en la asignación de retiro, tomando el porcentaje devengado en actividad. (Fls. 6 y ss), lo cual se denegó mediante los actos acusados. (Fls. 18 y ss)

- Según certificación de partidas computables, al demandante le fue liquidada la asignación de retiro tomando como partidas computables un SMLMV incrementado en un 40%, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar (fol. 5)

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, se debió tener en cuenta el 30% de lo percibido en servicio activo por concepto de **Subsidio Familiar**, por resultarle aplicable el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014. Así las cosas, una vez revisada la **Resolución 1061 de 2015**, 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 vigente, dado que para liquidar la asignación se tuvo en cuenta, además de la asignación básica y la prima de antigüedad, el 30% del subsidio familiar devengado en actividad.

No resulta procedente entonces hacer un reconocimiento del 70% por cuanto dicho porcentaje resulta aplicable únicamente para aquellos SP vinculados después del 31-10-2009, conforme a lo regulado en el **Decreto 1161 de 2014**. Al efecto es menester tener en cuenta que contrastadas las normas, resulta completamente equitativo el trato dado a los soldados profesionales regidos por el decreto 1161 y 1162 de 2014 pues téngase en cuenta que mientras los primeros perciben en servicio activo una proporción menor del referido subsidio, al momento del retiro se reconoce un porcentaje superior, siendo la situación opuesta la de los gobernados por el decreto 1162 de 2014, esto es, mayor proporción en servicio activo, menor al momento de retiro.

Ahora bien, resulta necesario establecer si al demandante le resultan aplicables, por favorabilidad, las disposiciones referentes al subsidio familiar consagradas en el Decreto 4433 de 2004 aplicables a los oficiales y suboficiales, en cuyo tenor literal disponen:

“ARTICULO 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 encuentre reconocido a la fecha de retiro.

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

En estos términos, resulta necesario determinar si el trato desigual, entre los oficiales y suboficiales, a quienes se les reconoce el subsidio familiar en el porcentaje que tuvieron reconocido a la fecha de retiro y los soldado profesionales a quienes se les reconoce el 30% de lo percibido por dicho concepto resulta discriminatorio.

Así las cosas, 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, así:

“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."¹⁴

Siguiendo la herramienta metodológica establecida por la 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 el presente asunto, resulta necesario comparar las características de los soldados profesionales y de los oficiales y suboficiales, así:

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.
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 entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se presentan diferentes elementos diferenciadores, entre los que se destacan, las tareas, las responsabilidades, los deberes propios de cada uno de los cargos y el sistema de ingreso, por lo cual, 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.

¹⁴ Sentencia C-161 de 2016 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

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 que para efectos de liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales se tendría en cuenta un porcentaje mayor del subsidio familiar en relación con los soldados profesionales.

Finalmente la *relación entre medio y fin*, para el Despacho al reconocer un mayor porcentaje del subsidio familiar, será proporcionalmente más elevada la asignación de retiro 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 no resulta procedente aplicar al demandante el numeral 13.1.7 del artículo 13 de Decreto 4433 de 2004 e inaplicar el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, por cuanto a la luz del juicio integrado de igualdad, el trato diferenciado no vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales.

Finalmente, es del caso indicar que el **principio de favorabilidad al cual acude el actor** para encausar sus pretensiones, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas, es decir, que cuando una norma admite varias interpretaciones se debe escoger la que garantice en mayor medida los derechos del empleado, escenario que no se presenta en el *sub iudice*, toda vez que la norma aplicable a los Soldados Profesionales en lo relativo al subsidio familiar en las asignaciones de retiro, es lo suficientemente clara en la determinación del porcentaje aplicable, sin que haya lugar a duda en su interpretación (Decreto 1162 de 2014).

Cosa diferente es que pretenda obviar la existencia de una norma para pretender la aplicación de otra que regula una situación jurídica diferente como lo es la del personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, y si bien esta jurisdicción ha accedido a la liquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales en la misma proporción que percibían al momento del retiro del servicio, ello se dio como consecuencia de la ausencia de disposición normativa que consagrara tal beneficio en su favor, pero al existir actualmente en el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa será a ella que se debe acudir para su reconocimiento, tal y como en efecto lo realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no a una diferente como lo pretende el actor.

Por todo lo antes expuesto, se despachará desfavorablemente la pretensión invocada por el demandante, tendiente a obtener que se compute en la asignación de retiro la

partida subsidio familiar en el porcentaje devengado en servicio activo, como se anunció desde un principio.

4. ¿Le asiste Derecho al demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada incluyendo como partida computable 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 le 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, 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.

En éste aspecto al realizar un juicio integrado de igualdad, que se desarrolló ampliamente al estudiar la pretensión relativa al reconocimiento del subsidio familiar, el despacho no encuentra que se deba inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, pues se supera el juicio integrado de igualdad y en consecuencia, se debe negar la pretensión formulada al respecto.

En consecuencia, las pretensiones enumeradas 3 y 4 serán negadas.

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 5º 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 Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio 0034848 del 27 de mayo de 2015, 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, a partir del 16 de abril de 2015, 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.

Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado NÉSTOR RAÚL PIZARRO, aplicando el 70% de la asignación básica 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.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza