Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ
Ibagué, primero de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO Nº:	73001-33-33-004-**2019-00186**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ALEJANDRO HERRERA CARVAJAL
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Tema:	Reliquidación asignación de retiro de soldado profesional.

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ALEJANDRO HERRERA CARVAJAL en contra de CREMIL, radicado con el No. 73-001-33-33-004-**2019-00186-00:**

1. Pretensiones

"1. Que se declare la NULIDAD de los actos administrativos 0081628 consecutivo No. 2017-81628 del 14 de diciembre de 2017 y 0015923 consecutivo No. 2018-15934del 14 de febrero de 2018, suscritos por la entidad demandada.

2. *Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE, del reajuste de la asignación de retiro de la siguiente manera:*

- *Dar estricto cumplimiento al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004*
- *Cancelar el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad inaplicando el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.*
- *Incluir la 1/12 de la prima de navidad*

3. *Que se condene a CREMIL a reconocer y pagar los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, así como también, al pago de las costas y las agencias en derecho.*

2. Fundamentos Fácticos.

1. Que el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional por un lapso de 20 años, 2 meses y 4 días, luego de lo cual, en virtud de la resolución No. 453 del 4 de febrero de 2016, CREMIL reconoció a su favor asignación de retiro.

2. Que tal reconocimiento se efectuó contrariando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

3. Que el 7 de diciembre de 2017, la parte demandante solicitó la reliquidación de la prima de antigüedad, la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como factor computable y el reconocimiento del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad, lo cual fuera denegado a través de los actos acusados.

4. Que frente al salario establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794, factor que fuera solicitado en la petición, no se solicita en la demanda, debido que la entidad accionada a través de la resolución No. 1034 del 18 de enero de 2018, procedió a cancelar los valores retroactivos correspondientes.

La parte demanda CREMIL manifestó que se aceptan los hechos relacionados con la actividad del demandante y el reconocimiento de la asignación de retiro. Frente a los demás hechos se opone. (Fl. 53).

***3. Contestación de la Demanda*- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"[1]**

En cuanto al reajuste del 20% del salario, indicó que la entidad ya profirió la resolución No. 1034 del 18 de enero de 2018, a través de la cual ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del actor.

Agregó que en relación con el subsidio familiar, la entidad tuvo en cuenta el porcentaje legalmente establecido para el efecto y por último, sostuvo que no hay lugar a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, como quiera que no fue establecida como partida computable dentro de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales.

Propuso como excepciones las que denominó *INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL, NO CONFIGURACIÖN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, NO CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE NULIDAD Y PRESCRIPCIÓN Y LOS SOLDADOS PROFESIONALES NO EFECTUAN APORTES MIENTRAS SE ENCUENTRAN EN SERVICIO ACTIVO PARA CUBRIR LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD AL MOMENTO DEL RETIRO.*

4. **Actuación Procesal.**

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 22 de abril de 2019 (fol. 1), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 22 de mayo del mismo año ordenó la admisión de la demanda (fls. 41 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 41 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó la demanda. (fls. 53 y ss).

Luego, mediante providencia del 14 de febrero de 2020 se fijó fecha para adelantar la

[1] Fls. 53 y ss del expediente.

audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 114), la cual no se pudo celebrar debido a la situación de confinamiento surgida por la pandemia del Covid-19.

Sin embargo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 que estableció la posibilidad de dictar sentencia anticipada en asuntos como el *sub lite*, mediante auto de fecha 22 julio de 2020, se dejó sin efecto el referido auto y en su lugar, se ordenó incorporar las pruebas documentales allegadas por las partes dentro del *sub lite* (fol. 115 y ss). Posteriormente, a través de auto de fecha 31 de julio de 2020 se ordenó a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto (fol. 117), habiendo estas guardado silencio, tal y como consta en la constancia secretarial vista a folio 118.

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

Se deberá establecer si el *demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su asignación de retiro, sin afectar dos veces la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, incluyendo el subsidio familiar y la prima de navidad como partida computable o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.*

3. Acto Administrativo Demandado

Se trata de los actos distinguidos como:

- Oficio **No. 0081628 del 14 de diciembre de 2017**
- Oficio **No. 015933 del 14 de febrero de 2018**

4. Fondo del Asunto.

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

1. ***¿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?***

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.

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 2015[2], 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

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

*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."[3].

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 Estado[4], 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)*

[3] 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.
[4] 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

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. 453 del 4 de febrero de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- efectúo el reconocimiento de asignación de retiro al accionante en su grado de **soldado profesional,** por contar con 20 años, 2 meses y 4 días de servicio.[5]

- 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. [6]

- Que mediante resolución No. 1034 del 18 de enero de 2018, CREMIL canceló a favor del actor, los retroactivos correspondientes a lo previsto en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794.[7]

- Que a través de resolución No. 13487 del 15 de mayo de 2018, se adicionó la resolución No. 1034 del mismo año. [8]

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 CREMIL[9]

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2016 + 40%)	$ 965.237
70% DEL SUELDO BÁSICO	$ 675.666
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BASICO x 38.5%)	$ 260.131
SUBSIDIO FAMILIAR (¨{(SB*4%) + (SB*58,5%) *30%	180.982.000
TOTAL	**$ 1.116.779.000**

[5] Fls. 3 y ss.
[6] Fl. 5
[7] Fl. 106 y ss
[8] Fl. 108 y ss
[9] 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 ANTIGUEDAD DEVENGADA	
SUELDO BÁSICO (**SMLMV 2016 + 60%)**	$ 1.103.126
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	$ 772.188
38.5% DEL 100% DEL SUELDO BÁSICO (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	$ 424.703
70% DEL SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	772.188 + 424.703
SUBTOTAL	$ **1.196.891**
SUBSIDIO FAMILIAR	$ 180.982
TOTAL	$1.377.873

De lo anterior se despende 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, los actos administrativos acusados en tal sentido, adolecen de nulidad.

2. ***¿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 1 de julio de 1997 (fol. 85)

- De conformidad con la hoja de servicios No. 3-12277225 del 6 de enero 2016, el demandante devengó en actividad un subsidio familiar equivalente al 4% del Salario Básico más el 58.50 de la prima de antigüedad. (fol. 85)

- Mediante Resolución No. 453 del 4 de febrero de 2016 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 1º 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 1º del Decreto 1162 de 4 de junio de 2014."*

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 453 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 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.

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 tuvieren reconocido a la fecha de retiro y los soldados 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."[10]

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,

[10] Sentencia C-161 de 2016 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

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 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 1º 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 judice*, 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.

3. ***¿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 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, 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 4º 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, conforme se decantó en líneas precedentes, llegando el despacho a la conclusión de 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.

Por último es del caso indicar que las sumas causadas como efecto de la liquidación que se ordena (la prima de antigüedad en debida forma) 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.

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.

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 30 de marzo de 2016 (fol. 3).
2. Que mediante petición de fecha 7 de diciembre de 2017 el accionante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro (fol. 2 y s.s)
3. Que la demanda fue presentada el día 22 de abril de 2017 (fol. 1)

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 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 razonamiento[11]:

> *"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 los 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*

[11] 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)

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 **07 de diciembre de 2017,** y 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 tres (03) años, término que tampoco transcurrió entre la fecha de presentación de la solicitud y la de radicación de la demanda, 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 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos distinguidos como Oficio **No. 0081628 del 14 de diciembre de 2017 y** Oficio **No. 015933 del 14 de febrero de 2018,** proferidos por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL-, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado ALEJANDRO HERRERA CARVAJAL, 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.

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

CUARTO: 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.

QUINTO: Niéguense las demás pretensiones de la demanda.

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

SÉPTIMO: 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