



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Clase de Proceso:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
Radicación:	No. 73001-33-33-007-2019-00149-00
Asunto:	Reliquidación asignación de retiro, teniendo en cuenta el salario básico establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en un porcentaje del 38.5% adicionado al 70% del salario mensual, más la doceava parte de la prima de navidad y la reliquidación del factor salarial subsidio familiar.

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué - Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

SENTENCIA

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 155 y en el numeral 3° del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, el señor MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes;

2.1. Declaraciones y Condenas:

2.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 0108363 del 16 de noviembre de 2018**, por medio del cual, la Entidad demandada negó al demandante, la reliquidación de su asignación de retiro dándole correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que indica que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad y la inclusión como partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad a la que legalmente tiene derecho.

2.1.2. Se inaplique por inconstitucional el decreto 1162 de 2014, que fue la norma tenida en cuenta para liquidar el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR, en razón a que la norma aplicable para dicha liquidación es el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Lo anterior, conforme a la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del decreto 3770 de 2009 realizada por H. Consejo de estado en sentencia del 08 de junio de 2017. A su vez, se inaplique el parágrafo único del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 que impide tener en cuenta como partida computable en la asignación de retiro del demandante, el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR.

2.1.3. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicita se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a:

2.1.3.1. [Efectuar] la correcta liquidación de la partida denominada prima de antigüedad, dando estricta aplicación a lo establecido en el artículo 16 de decreto 4433 de 2004 que indica que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.1.3.2. Reconocer, reajustar y/o pagar la doceava parte de la prima de la navidad a partir del reconocimiento de la asignación de retiro o pensión del demandante.

2.1.3.3. Reconocer, reajustar y/o pagar el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR, inaplicado por inconstitucional el decreto 1162 de 2014, tenido en cuenta al demandante en su asignación de retiro.

2.1.3.4. [Pagar] los retroactivos pensionales desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro o pensión hasta su inclusión en nómina de pagos, ya que si se modifica la base reguladora en los términos aquí solicitados es claro que se modifican todos los demás factores salariales que integran la asignación de retiro o pensión.

2.1.3.5. Indexar todos los valores adeudados al demandante hasta la ejecutoria de la sentencia.

2.1.3.6. [Pagar] las COSTAS procesales.

2.2. Como **hechos** relevantes para lo que interesa al proceso, expuso los siguientes:

2.2.1. El señor MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO prestó servicio militar obligatorio en las filas del ejército nacional, luego de lo cual, una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad a lo dispuesto en la ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario y, a su vez, a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza, esto es, al 30 de agosto de 2017.

- 2.2.2.** Como se evidencia en la hoja de servicios No. 3-93400294 del 02 de junio de 2017, en la Resolución de asignación de retiro y el Registro Civil de Matrimonio Serial No. 05153008, el demandante contrajo MATRIMONIO con la señora FRANCY VEGA CARDOSO, el día 02 de octubre de 2008.
- 2.2.3.** De acuerdo a la hoja de servicios No. 3-93400294 del 02 de junio de 2017, se puede observar que, al momento del retiro del servicio activo, al demandante se le venía liquidando un subsidio familiar conforme al artículo 11 del decreto 1794 de 2000.
- 2.2.4.** Mediante Resolución No. 4521 del 05 de febrero de 2018, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconoció asignación de retiro o pensión teniendo en cuenta como partidas computables sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar liquidado con base con base en lo establecido en el decreto 1162 del 2014.
- 2.2.5.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir de la fecha en que comenzó a liquidar y pagar la asignación de retiro o pensión del demandante está desconociendo lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 (el 70% de la asignación básica se adicione el 38.5% de la prima de antigüedad) al aplicarle en la liquidación a la partida prima de antigüedad el 70%, afectando doblemente esta partida.
- 2.2.6.** De igual forma, en la asignación de retiro o pensión que viene cancelando CREMIL al demandante, no se encuentra incluido el factor salarial Doceava parte de la prima de navidad.
- 2.2.7.** Mediante petición radicada ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES el 26 de octubre de 2018, bajo el No. 20180109964, se solicitó el reajuste y/o reliquidación de la prima de antigüedad teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre 2004 e igualmente se solicitó el reconocimiento e inclusión de la doceava parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro o pensión del demandante.
- 2.2.8.** A través del Oficio No. 0108363 del 16 de noviembre de 2018, se negó el reajuste y reliquidación de la prima de antigüedad y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro o pensión del demandante.
- 2.2.9.** Mediante petición radicada ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES el 26 de octubre de 2018, bajo el No. No. 20180109967, se solicitó el reajuste, reliquidación y/o pago de la partida subsidio familiar dentro de la asignación mensual de retiro que devenga el demandante, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 en concordancia con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, la cual se realizó con efectos ex tunc.
- 2.2.10.** La Caja de Retiro de la Fuerza Militares, mediante oficio No. 0106247 del 07 de noviembre de 2018, negó el reajuste, reliquidación y/o pago de la partida del subsidio familiar teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 al considerar que la norma aplicable es el decreto 1162 del 2014.

2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Política: Preámbulo y artículos 1°, 2, 4,6, 13, 29, 46, 48, 53, 83 y 217.
- Ley 4 de 1992, artículo 10
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

Al exponer el concepto de la violación, el apoderado del demandante resalta que conforme a lo preceptuado en los artículos 48 y 53 de la C.N., los derechos concernientes a la seguridad social, en este caso, la asignación de retiro reconocida por CREMIL al demandante, ostentan el carácter de irrenunciables.

En lo relativo al reajuste de la **prima de antigüedad**, expresa que el decreto 1794 de 2000 consagró en el art 2°, que la prima de antigüedad se cancelaría con fundamento en la asignación salarial mensual en un porcentaje por cada año de servicio; al igual que la prima de servicio anual (art. 30), la Prima de vacaciones (art. 4°), prima de navidad (art. 5°), Cesantía (art .9°), Subsidio Familiar (art. 11), todas fundamentadas en el salario mensual, es decir, UN SMLMV + 60%.

Señala que el legislador promulgó la Ley 923 de 2004, a través de la cual se reconoce a los Soldados Profesionales el derecho a acceder a una asignación de retiro, normativa que fue reglamentada por el Decreto 4433 del mismo año, que en su artículo 16 establece la forma como debe hacerse la liquidación de las pensiones reconocidas a los Soldados Profesionales, respecto del factor prima de antigüedad. Para el efecto, el liquidador debe, en primer lugar, aplicarle el 70% a la asignación básica y al valor resultante, le debe adicionar el 38.5% de la asignación básica, como prima de antigüedad; sin embargo, la Entidad demandada viene liquidando en forma errónea dicha prestación, efectuando una doble afectación sobre la prima de antigüedad, como quiera que sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de prima de antigüedad, le aplica el 70%, afectando el valor de la mesada a reconocer.

En lo que atañe a **la duodécima parte de la prima de navidad**, solicita que se dé aplicación a la posición de la Honorable Corte Constitucional, donde queda claramente definida la primacía del ordenamiento constitucional frente a las demás normas, así se trate de regímenes especiales como el establecido en el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, por lo cual, el liquidar las asignaciones de retiro de quienes se encontraban en similares condiciones al momento de su retiro, computando la Duodécima parte de la prima de navidad a la generalidad de los integrantes de la fuerza pública y dejando excluido de este tratamiento a los soldados profesionales, es contrario a lo establecido en el régimen constitucional (artículos 13 y 53).

En atención a lo anterior, la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares no puede negar la inclusión de la prima de navidad, escudándose en lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por tratarse de un decreto reglamentario de la ley 923 de 2004, pues su aplicación está en abierta contradicción de los preceptos constitucionales, por lo cual solicita se inaplique por excepción de inconstitucionalidad el parágrafo único del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que no permite la inclusión de la mencionada partida, en razón a que su aplicación conlleva la violación de derechos fundamentales como son el de igualdad y derechos adquiridos.

En relación a la **reliquidación y reajuste del subsidio familiar**, solicita se de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del DECRETO 1162 DEL 2014 que fue la norma tenida

en cuenta para liquidar el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR, en razón a que la norma aplicable para dicha liquidación es el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y, a su vez, se solicita se inaplique el párrafo único del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, que impide tener en cuenta como partida computable de la asignación de retiro del demandante el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR y, como consecuencia de esto, se declare la nulidad del acto administrativo No. 0106247 del 07 de noviembre de 2018.

Considera que en el presente caso se deben aplicar las disposiciones que regulan lo pertinente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, toda vez que estas forman el parámetro de igualdad aplicado por el Honorable Consejo de Estado a los soldados profesionales en las sentencias reseñadas, si se tiene en cuenta que, antes del Decreto 1161 no existía norma que ordenara la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, y en este tampoco se consagraron efectos retroactivos, por lo que en aplicación del principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Política, es procedente liquidar dicho emolumento al demandante en los términos del artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de marzo del 2019¹ y se admitió el 22 de mayo del mismo año²; surtida la notificación a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", dicha Entidad contestó la demanda dentro del término de traslado³ y presentó excepciones de las cuales se corrió traslado a la parte demandante, quien guardó silencio.⁴

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

3.1.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" se opuso a las pretensiones de la demanda, y como argumentos defensivos, manifestó lo siguiente:

EN CUANTO A LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO: Describe el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en donde se indica la forma en que la entidad debe liquidar la asignación de retiro, cual es equivalente al setenta por ciento (70%) del: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando la entidad. Y cita una sentencia como argumento de más para constatar que no se configura causal de nulidad para los actos administrativos proferidos por la Entidad.

EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO: Asegura que, mediante Resolución No. 5494 del 07 de julio de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al demandante el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1162 artículo 1 del 24 junio de 2014. Normatividad vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida

¹ Folio 1 del C P pal

² Folio 44 al 45 del C P pal

³ Ver constancia secretarial a folio 113 del expediente

⁴ Folio 116 del C P pal

computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD de los actos demandados.

Además, propuso las excepciones de mérito que denominó:

1. NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD: Manifiesta que no le corresponde a la Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar, que tanto los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, como los miembros de la Policía Nacional, el personal civil y los soldados profesionales cuentan con su regulación especial sobre la materia, debiendo la entidad reconocedora de la prestación, aplicar en su integridad tales disposiciones, pues, de no hacerlo, estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; así mismo, destaca que el derecho a la igualdad sólo se predica entre iguales.

2. 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: Señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada Prima de Navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales. Norma que en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima navidad para los soldados profesionales. Asegura que, por tanto, existe una prohibición expresa para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la ley.

3. PRESCRIPCIÓN DE MESADA SEGÚN REAJUSTE: En gracia de discusión, si al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto, en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por la Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

3.2. SENTENCIA ANTICIPADA

A través de auto de fecha 14 de agosto del 2020, se anunció se daría aplicación a lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, a través del cual se indica: *"Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se preferirá por escrito"*.

Por ello, mediante auto del 29 de enero del 2021, se corrió traslado para alegar de conclusión, llamado que fue atendido por las partes, de conformidad con la constancia secretarial vista en el documento denominado *11VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia* del expediente digital; quienes, se pronunciaron en los siguientes términos:

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1. PARTE DEMANDANTE (06EscritoAlegatosParteDemandante - Expediente digital)

Del contenido de los argumentos presentados, el apoderado describe que *"Con relación a la correcta liquidación de la prima de antigüedad señalada en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es importante traer a colación el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, en el cual esta alta corporación analizó el artículo 16 del decreto 4433 del 2004, y señaló que dicho precepto debe interpretarse bajo los siguientes criterios: ..., **porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.**"*

En ese mismo orden y de acuerdo a la respuesta dada por CREMIL, sostiene que *"De las pruebas allegadas al expediente, es clara la fórmula matemática utilizada de manera errónea por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES para efectos de liquidar la asignación de retiro o pensión de mi representado.*

Por ende, es claro que la pretensión relacionada con la correcta liquidación de la prima de antigüedad debe prosperar.

(...)

Con base en los precedentes jurisprudenciales y argumentos aquí expuestos considero señor juez que la pretensión relacionada al reajuste de la partida Prima de antigüedad que compone la asignación de retiro de mi representado tiene vocación de prosperidad en los términos solicitados por el suscrito apoderado."

3.3.2. PARTE DEMANDADA (09EscritoAlegacionesEntidadAccionada – Expediente digital)

En las razones de defensa y en torno a los efectos de la unificación frente a la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina y sus beneficiarios, la entidad demandada aclara que:

"Se establecen los términos para los efectos de la unificación para dar cabal cumplimiento a lo estipulado de la prima de antigüedad se hacen las siguientes precisiones.

- *El efecto retroactivo o retrospectivo implica "la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial*
- *Por su parte, en el efecto prospectivo el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial "anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia.*

Al referirse a la *"correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro"* concluye que, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse con base en la fórmula que se muestra.

En cuanto a los títulos de *"aplicación de la reliquidación de prima de antigüedad establecida en la sentencia de unificación por parte de la caja de retiro de las fuerzas militares", "No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares", "inexistencia de fundamentos para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional"*, su defensa se evidencia en la contestación de la demanda.

Por su parte, en cuanto a la "Pretensión de subsidio familiar", la defensa declara que "...*el subsidio familiar no es partida computable, pronunciamiento que se dio con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, por lo que, si se llegara a ser vencido mi representado en el presente proceso, ruego no sea condenado en costas ...*", y concluye que "*Debido a lo anterior, solicito comedidamente al Honorable Despacho, analizar en conjunto las actuaciones de la Entidad y el mérito de la condena en costas.*"

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico objeto de estudio se centra en *determinar si es procedente o no, ordenar la reliquidación de la asignación de retiro de un soldado que de voluntario pasó a profesional, , teniendo en cuenta para tal efecto, el 70% de su asignación básica, adicionándole el 38.5% correspondiente a la partida denominada **prima de antigüedad** y la duodécima parte de la **prima de navidad** como partida computable; de igual forma si es viable el reajuste del factor salarial **subsidio familiar** aplicándose la excepción de inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como resultado de ello, establecer si es o no ilegal el acto administrativo que negó su solicitud al respecto.*

4.2 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

- Constitución Política: Artículo 13.
- Ley 131 de 1985: Artículos 2 y 4.
- Decreto 1793 de 2000
- Decreto 1794 de 2000
- Decreto 4433 de 2004
- Decreto 1161 de 2014
- Decreto 1162 de 2014
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2014. Radicación 2014-02292-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.
- Consejo de estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de Tutela del 02 de junio de 2016. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-03273-01. C.P. Dra. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado - la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Sala Plena en Sentencia de única instancia de fecha 10 de octubre de 2019, con ponencia del H.C. Dr. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019. Radicado 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

4.3 PREMISAS FÁCTICAS:

- 4.3.1.** Conforme a la hoja de servicios Nro. 3-93400294, el señor MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar obligatorio el 23/11/1994 hasta el 17/05/1996; posteriormente, se vinculó como Soldado Voluntario el día 15/03/1998 hasta el 31/10/2003 y, a partir del 01 de noviembre de 2003, en virtud de lo señalado mediante Orden Administrativa de Personal, se incorporó como Soldado Profesional, prestando sus servicios a la Fuerza Pública por espacio de veinte (20) años, diez (10) meses y veinticinco (25) días, siendo retirado de la actividad militar por tener derecho a la asignación de retiro, el día 31 de agosto de 2017, ostentando el grado de Soldado Profesional del Ejército (Folios 15 y 16).
- 4.3.2.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a través de la Resolución No. 5494 del 7 de julio de 2017, reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro a favor del señor Soldado Profesional MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO, en cuantía equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. (salario mensual en los términos del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) adicionado con un 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 24 de junio de 2014 (Fls. 17 y 18 C P pal).
- 4.3.3.** El señor MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO solicitó a través de escrito radicado en la Entidad el día 26 de octubre de 2018, la reliquidación de su asignación de retiro, en el sentido de tomar como base de liquidación, la asignación establecida en el artículo 1º inciso 2º del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (*salario mínimo incrementado en un 60%*), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, así como la inclusión como partida computable de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad (Folios 3 a 5 del C. Ppal.); petición que fue resuelta desfavorablemente a través del Oficio No. 2018-108365 del 16 de noviembre de 2018 (Folio 13 del C. Ppal.).
- 4.3.4.** Así mismo, el demandante a través de apoderado solicitó a CREMIL a través de escrito radicado el mismo día 26 de octubre de 2018, la reliquidación correspondiente a la partida de Subsidio Familiar, dentro de su asignación de retiro, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, es decir, en un porcentaje del 62,5% de la asignación básica como SOLDADO, en concordancia con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 la cual se realiza con efectos ex tunc (Folios 7 a 11 del C. Ppal.); petición que también fue resuelta desfavorablemente mediante Oficio No. 2018-106279 del día 7 de noviembre de 2018. (Fl. 14 del C. Ppal.)
- 4.3.5.** Desprendibles de pago de la asignación de retiro del señor MARCO TULIO, de los meses de julio, agosto y septiembre de 2018, donde se observan los valores devengados y las partidas computables. (Fls. 21 a 23 del c. Ppal.)

4.4. ANÁLISIS SUSTANTIVO:

Descendiendo al caso concreto y en lo que respecta al problema jurídico, recuerda el Despacho que la parte demandante solicita en sus pretensiones que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", reliquide su asignación de retiro, tomando el 70% de la asignación básica y a esta se adicione el 38.5% como prima de antigüedad; así como también, que se incluya en la misma la duodécima parte de la prima de actividad y se reajuste el factor salarial subsidio familiar.

4.4.2. DOCEAVA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD.

Sobre el particular, es preciso indicar que el Decreto 1794 de 2000, que constituye el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 5°, preceptuó:

“Decreto 1794 de 2000. 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”.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, que establece el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en su artículo 13 enlista las partidas computables para el personal de las fuerzas militares y, en el 16, especifica la forma de liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Es así como, de la revisión de la normatividad antes referida, se observa que para los soldados profesionales no es procedente la inclusión de la doceava de la prima de navidad como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, mientras que para los oficiales y suboficiales del Ejército si es viable dicho reconocimiento, situación que fue objeto de múltiples pronunciamientos por parte de los operadores judiciales, entre los que se encontraba este Despacho Judicial, ordenándose su reconocimiento en virtud de la aplicación del principio de igualdad constitucional; sin embargo, dicha discusión fue definida en la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, el 25 de abril de 2019, dentro del Radicado 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016), siendo ponente el Consejero William Hernández Gómez, en donde se estableció que no existe ningún tipo de vulneración al principio de igualdad constitucional al reconocerse la duodécima de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, más no a los soldados profesionales, toda vez que estos últimos no realizan aportes al Sistema de Seguridad Social sobre dicho ítem, en aplicación al artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, como si lo hacen los oficiales y suboficiales. La citada sentencia establece los siguientes:

“(…)

4. ***Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.***

131. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordarlo lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (Negrilla y subraya propia)

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

133. **En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar “una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte por parte del servidor, deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte”. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes “que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social”.**

(Negrilla y subraya propia)

(...) 135. **Nótese cómo Claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: “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”.** (Negrilla y subraya propia)

136. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado las cotizaciones”, precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.”

Acorde con lo expuesto, en la actualidad resulta evidente que los únicos factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, son aquellos sobre los cuales realizó aportes al sistema de Seguridad Social durante el servicio activo en la fuerza, que se encuentran establecidos en el numeral 3 del artículo 18 de Decreto 4433 de 2004 y que corresponden al: “salario mensual y la prima de antigüedad”, sin que sea viable el reconocimiento de otros factores que si bien eran percibidos durante el servicio activo, no fueron objeto de aportes al Sistema.

De igual manera, la citada sentencia hace referencia a la supuesta desigualdad existente entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, en cuanto al reconocimiento de factores salariales en su asignación de retiro, manifestando que la misma no existe en razón a la facultad legislativa con la que cuenta el Estado, así como por las funciones que desempeñan los mismos. Al respecto, señaló:

"140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

(...)

141 Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales. (Negrilla y subraya propia)

(...) 144. **En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.** (Negrilla y subraya propia)

(...) 147. **Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.** (Negrilla y subraya propia)

148. **En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.**

149. **En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:**

I) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

II) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

De acuerdo con lo citado, resulta claro para esta administradora de justicia que no es procedente ordenar la inclusión de la doceava de la prima de navidad a favor del demandante, teniendo en cuenta

que sobre dicho factor salarial no se realizaron aportes al sistema de seguridad social, siendo este un requisito indispensable para que se pueda ordenar dicho reconocimiento, de acuerdo con lo preceptuado en las normas a las que se hizo alusión y a la jurisprudencia que se citó.

De igual forma, se evidencia que pese a lo sostenido en anteriores pronunciamientos por este Despacho Judicial, en cuanto a la aplicación del principio de igualdad entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, no existe vulneración alguna al observarse unas partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales y otras para los oficiales y suboficiales, ya que existe fundamento legal y constitucional que sustenta dichas diferencias, las cuales ya fueron citadas en esta providencia, razón suficiente para negar lo solicitado por el demandante en este sentido.

Luego entonces, conforme a la anterior determinación, resulta procedente declarar próspero el medio exceptivo propuesto por la entidad demandada denominado "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", bajo el entendido que la pretensión correspondiente a esta prima, será denegada.

4.4.3. REAJUSTE PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

En lo referente a esta pretensión, se debe tener en cuenta que el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004, por medio de la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, norma que fue reglamentada por el Ejecutivo a través del Decreto 4433 de 2004, estableciendo en el artículo 16 lo referente a la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Ahora bien, como dicho artículo remite al 13.2.1 ibidem, y este a su vez, al 1.1 del Decreto 1794 de 2000, tenemos que dichos artículo consagran lo siguiente:

"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:

(...)

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

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

Igualmente, es preciso traer a colación, el artículo 2º del Decreto Ley 1794 de 2000, que regula la prima de antigüedad para los Soldados Profesionales, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2.- PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por

cada año de servicio adicional se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)”.

De cara a las normas transcritas se puede concluir que, el porcentaje de prima de antigüedad que se debe incluir en la asignación de retiro del demandante (38.5%), debe adicionarse al 70% de la asignación salarial mensual básica.

Sin embargo, como la forma de aplicación de estos preceptos legales fue objeto de interpretaciones disímiles, el Consejo de Estado zanjó la discusión mediante la Sentencia de Unificación – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, del 25 de abril de 2019, dentro del Radicado 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016), con ponencia del consejero William Hernández Gómez, así:

“III) La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

53. *En relación con este aspecto, se observa que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé:*

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.

54. *La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, mientras CREMIL estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada, el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual⁵. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad⁶.*

55. *Sobre este tópico se consideró que no hacerlo así, sino calcular la prestación sobre el 70% del valor que se obtiene de sumarle a la asignación salarial mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, implica una afectación indebida de esta última partida, que va en detrimento de la prestación que perciben los soldados profesionales⁷.*

56. *Adicionalmente, se indicó que la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir de la asignación salarial mensual básica que devengue el*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Anibal Clavijo Velásquez.

⁶ Asignación de retiro = (salario*70%) + prima de antigüedad.

⁷ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC).

soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en aquella, se obtiene por la aplicación de la regla descrita, y no del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en el año de causación del derecho, pues esta última opción disminuye el valor por este concepto."

Precisado este aspecto y descendiendo al caso en concreto, se aprecia que mediante Resolución 5494 de 2017, (v.num.4.3.2.) CREMIL le reconoció al demandante, en su calidad de soldado profesional, la asignación de retiro, así:

- *En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 del 30 de Diciembre de 2016) indicado 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 por ciento (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 24 de junio de 2014. "*

Igualmente, se allegaron al plenario desprendibles de pago de los meses de julio, agosto y septiembre de 2018 (v.num.4.3.5.), en donde se evidencian las sumas devengadas juntos con las partidas computables, así

Sueldo Básico	\$1.249.988
% de liquidación	70%
Subtotal	\$874.992
Partidas computables	\$571.245

****Partidas computables:** PRIMA DE ANTIGÜEDAD= (SB*%38,5%)=\$336.872
SUBSIDIO FAMILIAR=([(SB*4%)+(SB*58,5%)]*30%)=\$234.373

En consecuencia, como por disposición expresa del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional debe liquidarse teniendo en cuenta el 70% del salario básico para ese grado, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que puedan aplicarse descuentos u otros porcentajes que mengüen su valor; es evidente que la demandada realiza una indebida liquidación de la prima de antigüedad, ya que si bien es cierto le adiciona el porcentaje del 38.5%, lo toma del 70% del salario devengado y no del 100% del mismo, como lo ordena la norma en cita, lo cual genera una afectación económica al demandante.

Conforme a lo anteriormente expuesto, puede concluirse que:

1. El demandante tiene derecho al reajuste de la prima de antigüedad en su asignación de retiro, toda vez que CREMIL realizó una indebida liquidación de la misma, al calcularla teniendo en cuenta el 70% del salario devengado y no el 100% del mismo, por lo que conforme a lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al 70% del salario básico se deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, calculada a partir del 100% del salario mensual.

Por otra parte, y aun cuando CREMIL afirma que los actos administrativos demandados fueron expedidos conforme a la normatividad vigente aplicable en el momento y con sujeción a lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional, lo cierto es que, tal y como lo ha señalado el H. Consejo de Estado en diversas oportunidades, como es el caso de la sentencia

de tutela del 02 de junio de 2016⁸, dicha Entidad debe verificar y tener en cuenta la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional únicamente a efectos de constatar el cumplimiento de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la asignación de retiro, tales como la edad y el tiempo de servicio; sin embargo, la liquidación de las partidas y los porcentajes a incluir en la mentada prestación, debe efectuarse de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, independientemente de que el Ministerio de Defensa haya omitido el pago de la asignación básica conforme a derecho cuando el beneficiario de la asignación se encontraba en servicio activo, o que no la hubiese incluido en debida forma en las partidas computables en la hoja de servicios; en consecuencia, conforme a lo señalado en párrafos precedentes, es claro que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la reiterada jurisprudencia al respecto, establecen los lineamientos bajo los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" debe reconocer y liquidar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, independiente de la forma en la que el Ministerio de Defensa Nacional, paga la asignación básica mensual de dicho personal.

En este orden de ideas, se declarará la prosperidad de la pretensión relacionada con el reajuste de la PRIMA DE ANTIGÜEDAD y de contera, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2018-108365 del 16 de noviembre de 2018 (v.num.4.3.3.), expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL–.

Por lo tanto, se declarará no probada la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada *"NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES"*, bajo el entendido que, se encontró probado que la entidad demandada no realizó de manera adecuada la liquidación de la asignación de retiro del demandante, de conformidad con la normatividad correspondiente, siendo esto contrario a lo argumentado por la entidad.

4.4.3. DEL SUBSIDIO FAMILIAR

En el caso concreto de las Fuerzas Militares, el subsidio familiar ha venido siendo reconocido en su legislación bajo diversas denominaciones, pero siempre guardando coherencia en cuanto a la finalidad que se persigue con el reconocimiento de este tipo de prestación; sin embargo, y pese a que los miembros de las Fuerzas Militares gozan de un régimen especial, no por ello sus instituciones pierden la naturaleza jurídica que dieron lugar a su existencia y que legitiman y justifican su vigencia.

Por lo tanto, si bien en lo que a su aplicación, requisitos, procedimiento y demás aspectos de orden reglamentario se refiere, pueden ser objeto de variación, incluso con beneficios mayores de los previstos en las normas generales en atención a la calidad de los beneficiados con la regulación, también lo es, que dicha reglamentación debe adelantarse con fundamento en los principios que orientan la Constitución Política y la naturaleza jurídica de las diversas figuras que pretende reconocer, y más aún la finalidad que las originó.

Tan cierto es lo anterior que, la legislación que regula el subsidio familiar para las Fuerzas Militares, establece de manera implícita esta finalidad al fijar como requisito indispensable que el interesado compruebe que sostiene el hogar o que sus hijos le dependen económicamente para efectos del sostenimiento y educación, lo cual a todas luces armoniza con el concepto de subsidio familiar antes descrito.

⁸ Consejo de estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de Tutela del 02 de junio de 2016. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-03273-01. C.P. Dra. María Elizabeth García González

No obstante, fue sólo hasta la expedición del Decreto Ley 1211 de 1990, que se estableció el subsidio familiar para los soldados profesionales, equivalente al cuatro por ciento (4%) del salario básico y de la prima de antigüedad.

Luego, mediante el Decreto 1793 de 2000, se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y, en desarrollo de este precepto legal, el Gobierno Nacional estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40%, más las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad y el subsidio familiar, entre otros.

Así mismo, el artículo 11 del mencionado Decreto 1794 reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casados o con unión marital de hecho vigente, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Posteriormente, se profirió el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluyendo a los Soldados Profesionales, que en su artículo 16 estableció las partidas computables para liquidar la asignación de retiro, resultando evidente que los soldados profesionales, no tenían derecho a que el subsidio familiar fuera incluido como partida computable para liquidar su asignación de retiro o pensión de invalidez, a diferencia de los demás uniformados de la Fuerza Pública (Oficiales y Suboficiales), a quienes se les concedía este beneficio y se les establecía como partida computable para la asignación de retiro.

Sin embargo, como quiera que en principio no existía disposición legal que autorizara la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Soldados Profesionales, el Gobierno Nacional estableció tal derecho en el Decreto 1161 de 2014, pero limitándolo a aquellos Soldados que no percibieran el subsidio familiar conforme a lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, referido en precedencia. En tal sentido precisó:

“Decreto 1161 de 2014. 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;

(...).

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".

Así mismo, en aparente aplicación del principio de igualdad, se expidió el Decreto 1162 de 2014, incluyendo el reconocimiento del subsidio familiar para los Soldados Profesionales que venían devengando dicha partida conforme al Decreto 1794 de 2000, señalando:

"Decreto 1162 de 2014. 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".*

Descendiendo al caso en concreto, del contenido de la Resolución No. 5434 del 07 de julio de 2017, se advierte que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" reconoció al demandante en su calidad de Soldado Profesional ®, asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, ésta última partida reconocida según lo preceptuado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014; de igual forma, dentro de la mentada resolución, se verifica que el demandante está casado con la señora FRNACY VEGA CARDOSO y es padre de ANA SOFIA RINCÓN VEGA .

Así mismo, se aprecia que el 26 de octubre de 2018 (v.num.4.3.4.), el demandante solicitó a CREMIL el reajuste de la partida denominada subsidio familiar en el porcentaje del 62.5% de la asignación básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, petición que fue resuelta desfavorablemente, mediante Oficio No. 2018-106279 del 07 de noviembre de 2018.

En consecuencia, y conforme a la normatividad aplicable al demandante al momento de ser retirado del servicio activo, es claro que, al realizarse la correspondiente liquidación, se debe tener en cuenta el 30% de lo percibido en servicio activo por concepto de subsidio familiar, y no el 62.5%.

Por ello, como en la mencionada Resolución se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al señor MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO la asignación de retiro teniendo en cuenta el 30% del subsidio familiar devengado en servicio activo, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, a juicio de esta administradora de justicia se encuentra ajustada a derecho, pues al demandante no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en normas anteriores, como quiera que el reconocimiento de su asignación pensional se dio en vigencia del Decreto 1162 de 2014.

Esta posición adoptada por el Despacho judicial de tiempo atrás, fue ratificada por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante Sentencia Unificación SUJ-015-S2 del 25 de abril de 2019, radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) magistrado ponente William Hernández Gómez, en la cual se estableció

"185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁹, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009¹⁰, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹¹.*

185. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

*186. **En conclusión,** Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida". (Negrilla y subraya propia), razón más que suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la demandada, reconoció en debida forma el subsidio familiar al accionante en el porcentaje establecido en la ley."*

Aunado a lo anterior, como el demandante disfrutó en servicio activo del subsidio familiar previsto en el Decreto 1794 de 2000, su situación fáctica además de ser disímil a la de aquellos que nunca lo devengaron, se encuentra amparada en una norma especial contenida en el Decreto 1162 de 2014 que regula lo relativo a la liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, por lo que no es posible inaplicar por excepción de inconstitucionalidad, la norma vigente al momento del retiro del servicio.

PRESCRIPCIÓN:

En cuanto a la excepción de Prescripción propuesta por la entidad demandada, ante todo se debe precisar, que no hay lugar a declarar el fenómeno de prescripción del derecho, pues nos encontramos ante una prestación periódica; sin embargo, como si podría haber lugar a la prescripción de mesadas, se tomará la fecha de radicación de la petición con el fin de efectuar la contabilización, conforme al término determinado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, el cual estableció un término de prescripción de tres (3) años para el derecho acá reclamado, debiendo ser aplicado a la presente actuación en virtud del cambio de posición jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado, en la que se estableció su obligatoriedad, teniendo en cuenta que se encuentra ajustado a derecho, tal

⁹ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹¹ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

como lo manifestó la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Sala Plena en Sentencia de única instancia de fecha 10 de octubre de 2019, con ponencia del H.C. Dr. William Hernández Gómez.

No obstante, en el presente caso no opera la prescripción, como quiera que la asignación de retiro del demandante fue reconocida a través de acto administrativo del 07 de julio de 2017, la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro se radicó el 26 de octubre de 2018, la respuesta negativa se produjo el 16 de noviembre del mismo año, y la demanda se presentó el 26 de marzo de 2019, por lo que no transcurrió el término establecido en la Ley para que operara dicho fenómeno jurídico.

EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

Se atenderá conforme a las previsiones de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la Entidad demandada.

DE LA CONDENA EN COSTAS:

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la Entidad que ha sido convocada a juicio CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" fue la parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y en consecuencia, procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo cuya cuantía fue estimada por la parte actora en la suma de *OCHO MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/C* (\$8.084.877), se fijan como Agencias en Derecho a favor de la parte demandante, el equivalente al cinco por ciento (5%) de las pretensiones de la demanda, conforme a lo preceptuado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción interpuesta por la entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" denominada "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", de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada "NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES", conforme los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la Nulidad parcial del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 2018-108365 del 16 de noviembre de 2018**, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, tomando como base de liquidación de la prima de antigüedad el 70% del salario devengado y no el 100% del mismo, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, a: **i) Liquidar** la asignación de retiro del señor **MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO**, reconocida a través de la Resolución No. 5494 del '7 de julio de 2017, incluyendo para el efecto en su ingreso base de liquidación, un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) por concepto de prima de antigüedad, calculado a partir del valor del cien por ciento del salario mensual, adicionado a éste último concepto; **ii) Reajustar** la asignación de retiro del señor **MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO**, a partir de la fecha de su reconocimiento y en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; **iii) Pagar** las diferencias generadas con ocasión de la anterior liquidación y reajuste, a partir de la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, atendiendo a que no hay lugar a declarar probada la prescripción de ningún valor, conforme a lo ya expuesto.

QUINTO: CONDÉNESE a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, a la actualización de las sumas causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A. y de lo C.A.; igualmente, los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la parte demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL, el equivalente al cinco (5%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: RECONOCER personería adjetiva al abogado GUSTAVO ADOLFO URIBE HERNANDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.460.953 de Ibagué y portador de la T.P. 228.274 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, en los términos y para los efectos del poder a él otorgado por el Director General y Representante Legal MG (RA) del Ejército LEONARDO PINTO MORALES, obrante en documento denominado *08OtorgamientoPoderEntidadDemandada* del expediente digital.

NOVENO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2019-00149-00
Demandante: MARCO TULIO RINCÓN PATIÑO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - "CREMIL"

Firmado Por:

INES ADRIANA SANCHEZ LEAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO DE IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f51ce78b45d637d66fb7e24fb94a6c53288b01b6af1cff1887cf1c36b4a5cf77**
Documento generado en 25/03/2021 08:31:11 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>