

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 16

Santiago de Cali, febrero dieciocho (18) de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00013-00
Demandante	YAMINSON RIVAS
Demandado	CREMIL
Juez:	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor YAMINSON RIVAS en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1169 del 18 de febrero de 2016, mediante el cual se reconoció y ordeno el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
- 1.2. Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, condenar a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a reconocer y pagar a favor de la parte demandante, el reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:
 - 1.2.1. Reajustar por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.
 - 1.2.2. Reajustar por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de septiembre 14 de 2000, ya que se está tomando

el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a diciembre 31 de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

- 1.2.3.** Reajustar por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, entre ellos el demandante, cuando a todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional así como de las Fuerzas Militares, tanto civiles como militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.
- 1.3.** Disponer el pago del reajuste del retroactivo pensional, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos; así como el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados y los respectivos intereses moratorios.
- 1.4.** Condenar en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1.** El señor YAMINSON RIVAS, ingresó al Ejército Nacional en mayo 1 de 1995 en condición de Soldado Voluntario y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba tal condición, siendo su vinculación regida en ese entonces por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.
- 2.2.** Por decisión del Ejército Nacional, el demandante, al igual que todos los Soldados Voluntarios, pasaron a ser denominados Soldados Profesionales a partir de noviembre 1 de 2003, momento desde el cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.
- 2.3.** El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de veinte (20) años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo

de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 1169 de febrero 18 de 2016.

- 2.4.** La forma en que fue liquidada la asignación de retiro del demandante no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre éste rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le aplica un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando con ello un grave perjuicio al demandante.
- 2.5.** De otra parte, el demandante ostentó la condición de Soldado Voluntario, de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, y a Diciembre 31 de 2000 se desempeñaba bajo esta condición; es decir que adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; lo anterior, si se tiene en cuenta que en su condición de Soldado Voluntario devengaba exactamente este mismo salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, y cumpliendo los preceptos de la Ley 4 de 1992, su salario no podía ser desmejorado, esto es, debía continuar devengándolo en la misma proporción en que lo venía haciendo.
- 2.6.** A pesar de lo anterior, a partir de la fecha en que se denominó el grado del demandante como "Soldado Profesional" se disminuyó su asignación mensual en un 20%, contrariando las normas y principios establecidos en la propia Ley 4 de 1992 y el Decreto 1794 de 2000.
- 2.7.** Por todo lo anterior, para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante se debe tomar en consideración el salario mínimo incrementado en un 60% y ya sobre éste valor, se tomará el porcentaje (70%) establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, respetando así las garantías y principios tanto de orden constitucional como legal, a fin de garantizar al actor el pago de una asignación de retiro que le permita siquiera cubrir sus necesidades básicas.

2.8. Por otro lado, los Soldados Profesionales, entre ellos el demandante, se encuentran en desigualdad de condiciones, porque contrario a lo que ocurre con ellos, para los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional; los miembros de la Policía Nacional; e incluso para todo el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se incluye como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar; valga decir, los Soldados Profesionales son los únicos miembros al servicio del Ministerio de Defensa que no devengan en su asignación de retiro el subsidio familiar, sin tomar en consideración que también son los únicos miembros que tienen la obligación de enfrentar directamente la guerra y todos sus vejámenes.

2.9. Por lo anterior, y atendiendo el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, es claro que el demandante en su calidad de Soldado Profesional tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, para que en la misma se incluya el subsidio familiar en el mismo valor devengado en actividad.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas la Constitución Política en sus artículos 1,2, 6, 11, 13, 53 y 90; la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 138 y 159 a 195; la Ley 4ª de 1992 en su artículo 10 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, así como el Decreto 4433 de 2004.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Refiere el apoderado de la parte actora, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares vulnera el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 cuando decide aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante.

Que atendiendo los parámetros establecidos en la norma citada, es fácil concluir que para determinar el monto de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que no ofrece ninguna confusión ni genera mayor dificultad, a pesar de lo cual se dispuso una liquidación contraria a la norma y que afecta doblemente la prima de antigüedad.

Por otro lado, refiere que el demandante ingresó al Ejército Nacional el 01 de mayo de 1995, se desempeñó como Soldado Voluntario y por tanto su vinculación estuvo regida

por la Ley 131 de 1985, ostentaba esta condición a diciembre 31 de 2000, por lo que considera que su situación se enmarca perfectamente en los parámetros establecidos en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Refiere que en razón a ello, el último salario que debió devengar el demandante en su calidad de Soldado Profesional antes de ser retirado del Ejército Nacional debía ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% y es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del mismo, pues en su criterio resulta ilegal que se liquide sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

Finalmente argumenta su concepto de violación precisando que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta inconstitucional frente al caso concreto al dejar de incluir como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar que devengó el demandante durante su vinculación con el Ejército Nacional en su calidad de Soldado Profesional, razón por la cual solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 superior frente a dicha disposición para efectos de ser inaplicada.

Lo anterior, por cuanto en criterio del actor el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al vulnerar su derecho a la igualdad, frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, se opone a las condenas a título de restablecimiento de derecho, así como la condena en costas y agencias en derecho.

Se aceptan los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro frente a los demás hechos a la entidad no le consta.

En cuanto al reajuste del 20% de la asignación de retiro manifiestan que el Ministerio de Defensa Ejército Nacional- Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de agosto de 2016, radicó ante esta entidad, el complemento de la hoja de servicio del hoy demandante según

consecutivo No. 20170081647 del 13 de septiembre de 2017 por medio del cual se realiza un incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

En consecuencia la caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió la Resolución No. 902 del 18 de enero de 2018, incorporando el incremento del 20%

En cuanto a la asignación de retiro – prima de antigüedad, manifiesta que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de retiro así:

Salario básico= SMMLV (100%)+(incremento en un 40%)=140%

Prima de antigüedad=38.5%

Asignación de retiro:

70%= (sueldo básico+ 38.5% de prima de antigüedad)

Por lo que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como se está aplicando.

En cuanto a la existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable, informan que al militar mediante la resolución 1169 del 18 de febrero de 2016, la caja de retiro de las Fuerzas Militares le reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

Por lo anterior hay razones suficientes para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

No se ha violado el principio de igualdad porque la entidad ha actuado conforme a derecho.

Como quiera que no se ha conculcado ningún derecho por parte de la entidad demandada solicita que no se le imponga condena en costas y agencias en derecho.

Propone como excepciones de fondo: **indebido demanda por indebido agotamiento de procedimiento administrativo.**

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído N° 333 de abril 27 de 2017, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello, posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, llevada a cabo en febrero 18 de 2019, dentro de la cual se verificó la ausencia de causales que invalidaran la actuación desplegada; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes. Finalmente se recepcionaron los alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Al exponer sus alegatos de conclusión, tanto la apoderada de la parte demandante, como la apoderada de la entidad demandada se ratifican en los argumentos expuestos en la demanda y su contestación respectivamente.

8. CONSIDERACIONES

8.1 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, debe el despacho realizar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

Determinar si es viable ordenar la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el demandante bajo los siguientes parámetros y en los órdenes indicados:

-Efectuando nuevamente la liquidación de su asignación de retiro, respecto a la partida computable de prima de antigüedad en el sentido de adicionar un 38.5% de la misma al 70% del salario básico previamente calculado, sin afectar la referida prima con el mencionado 70%, en atención a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

- Incluyendo como partida computable de la asignación de retiro el subsidio familiar en la misma proporción en que venía siendo devengado en servicio activo, atendiendo el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior.

8.2 DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (ii) Analizar el marco normativo y jurisprudencial de la profesionalización de los soldados de las Fuerzas Militares y el régimen salarial aplicable a los mismos;
- (iii) Realizar un estudio sobre el subsidio de familia a que tienen derecho los Soldados Profesionales; y,
- (iv) Analizar brevemente el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior; para finalmente determinar si en el caso concreto le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

8.2.1. HECHOS PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las partes².

Así las cosas, como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- Que el demandante, señor YAMINSON RIVAS, laboró al servicio del Ejército Nacional por un espacio de 20 años, 7 meses y 15 días, ostentando el grado de Soldado Regular desde julio 5 de 1995 hasta diciembre 29 de 1996; Soldado Voluntario desde el 17 de enero de 1997, hasta enero 31 de 2003; y pasando a

² Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

ser Soldado Profesional a partir de noviembre 1 de 2003 hasta diciembre 30 de 2015, según se desprende de su hoja de servicios³

- Que estando en actividad, el demandante devengó los rubros correspondientes a sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad como soldado profesional, seguro de vida subsidiado y bonificación por orden público⁴.
- Se acreditó, que mediante Resolución No. 1169 de febrero 18 de 2016, al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir de marzo 30 de 2016, teniendo en cuenta como partidas computables de la misma, únicamente el 70% del salario mensual en los términos del inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%; y el 38.5% de la respectiva prima de antigüedad, en otros términos, se incluyó el subsidio familiar devengado en actividad como partida computable de la prestación de retiro⁵.
- Adicionalmente se probó que para realizar la respectiva operación aritmética a efectos de liquidar la asignación mensual de retiro del demandante en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la entidad tomó el sueldo básico mensual devengado por el actor (1 SMLMV incrementado en un 40%) y al valor le aplicó el correspondiente 70%, incrementándolo en un 38.5% de la prima de antigüedad⁶.
- CREMIL expidió Resolución No. 902 del 18 de enero de 2018, ordenando el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor soldado profesional del ejército YAMISON RIVAS⁷.

8.2.2 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL – PROFESIONALIZACIÓN DE LOS SOLDADOS DE LAS FUERZAS MILITARES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo

³ Folio 5.

⁴ Ibidem.

⁵ Folios 2 y 3.

⁶ Folio 4, 58.

⁷ Folio 60-61

prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

Así, son Soldados Voluntarios quienes habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo Comandante de la Fuerza de continuar con su prestación a la institución militar, por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como Soldados Voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares.

El artículo 4 de la citada ley, consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, integrando como Soldados Profesionales a quienes antes de diciembre 31 de 2000, venían prestando el servicio militar como Soldados Voluntarios, definidos en el artículo 1 de la Ley 131 de 1985, así:

"Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Respecto de la incorporación del personal de Soldados Profesionales, la referida norma señaló lo siguiente:

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

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

dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

De lo expuesto, se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de Soldados Voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes de 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de Soldados Profesionales, siempre que así lo hubieran expresado, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto por el Decreto citado.

A su turno el artículo 38 ibídem dispuso:

"ARTICULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992 sin desmejorar los derechos adquiridos" (se resalta).

En efecto, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 dispuso:

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

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

El párrafo del artículo 2, del Decreto 1794 de 2000 a su vez señala:

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado bajo los siguientes argumentos⁸:

"(...) En relación con el primer grupo, a saber, quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, dispuso la norma que, tendrían derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como Soldados Voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario."

"Bajo este supuesto, a juicio de la Sala las disposiciones en cita son claras y no ofrecen dudas en cuanto señalan que los Soldados Voluntarios que fueron incorporados a la planta de personal"

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2015, C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 66001-23-33-000-2012-00128-01 (3583-13).

de las Fuerzas Militares, bajo la categoría de Soldados Profesionales, conservan el derecho a seguir percibiendo el incremento del 60% previsto, inicialmente, en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985.

*“En este punto estima la Sala, relevante recordar, que el Decreto 1793 de 2000 en su artículo 38 dispuso que le correspondía al Gobierno Nacional expedir los regímenes salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, con estricta observancia a las disposiciones de la Ley 4 de 1992 y, en todo caso, **respetando los derechos adquiridos de quienes ya venían vinculados al servicio.**”*

*“Precisamente, y sobre este particular, cabe destacar para el caso que la Ley 4 de 1992 en su artículo 2 estableció entre los criterios y objetivos que debe seguir el Gobierno Nacional, para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos: **“El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.”**”*

***“Así las cosas, el hecho de que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1794 de 2000 haya dispuesto conservar el incremento legal del 60% a favor de los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales no puede ser interpretado de manera distinta, como una decisión de respeto por los derechos adquiridos de estos Suboficiales de la Fuerza Pública, quienes conforme a las disposiciones de la Ley 131 de 1985 habían adquiridos el derecho de percibir el referido incremento en razón a la naturaleza misma de la actividad que venían desarrollando al servicio de la Fuerza Pública.**”*

“En otras palabras, el hecho de que en vigencia del Decreto 1794 de 2002 los Soldados Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales sigan devengando el incremento del 60% sobre su salario no constituye, en estricto sentido, a una decisión producto del arbitrio del Presidente de la República al ejercer la facultad con que cuenta para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, sino al respeto y la garantía por los derechos que legal y justamente habían adquirido quienes en otrora se desempeñaron como Soldados Voluntarios.” (se resalta).

Finalmente la referida Corporación en la misma providencia al analizar el caso concreto concluyó:

*“(…) En efecto, como quedó visto en el acápite que antecede el hecho de que el accionante se hubiera desempeñado, en primer lugar, como Soldado Voluntario y aposteriori como Soldado Profesional **no implicaba la pérdida de su derecho a percibir el incremento previsto en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente toda vez que, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000 garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales a partir de su vigencia e incluso del tiempo de antigüedad debidamente certificado.**”*

“Lo anterior, también debe decirse, en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992 y que, en todo caso, debe observar el Gobierno Nacional para efectos de fijar los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, entre ellos, el respeto a los derechos adquiridos.

“Así las cosas, no puede la entidad demandada en el caso concreto negarle al señor Walter Olarte Valencia el reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20%, en el incremento devengado inicialmente como Soldado Voluntario y, con posterioridad, como Soldado Profesional, esto, en aplicación del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

“Una interpretación en contrario, implicaría desconocer el derecho que le asiste al accionante a percibir un incremento del 60% de lo devengado mensualmente, desde el mismo momento en que adquirió la condición de Soldado Voluntario, 2 de febrero de 1992 e incluso, una renuncia forzada a sus derechos salariales bajo el argumento inaceptable de una “redistribución prestacional” esto al reconocerle otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibía (…)”

Así las cosas, quienes se vincularon como Soldados Voluntarios antes de diciembre 31 de 2000, y que en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares se acogieron al régimen prestacional designado para éstos, pero conservaron, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo

1 del Decreto 1794 de 2000 una **asignación salarial** mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

8.2.3. DEL SUBSIDIO DE FAMILIA PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES

La Ley 21 de 1982 en su artículo 1º definió el subsidio familiar como *“una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos 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.”* (Se resalta)

A su turno, el artículo 2º ibídem, establece que el subsidio familiar no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso, de lo que se extrae, 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 como núcleo básico de toda sociedad.

En el caso de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar fue regulado por el Decreto 1794 de 2000 “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en cuyo artículo 11 se dispuso:

“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 por ciento) 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.” (se resalta).

Luego, la disposición transcrita fue derogada por el artículo 1º del Decreto 3770 de 2009, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1º. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO SEGUNDO. Aclárese 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 por ciento Salario Básico Mensual + 100 por ciento Prima de Antigüedad Mensual (...)” (se resalta).

Queda claro hasta este momento, que inicialmente, todos los Soldados Profesionales en servicio activo que cumplieren los requisitos para ello, podían acceder al subsidio familiar otorgado inicialmente con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; no obstante, con la expedición del Decreto 3770 de 2009, los uniformados mencionados fueron privados de la referida prestación, respetando los derechos adquiridos por aquellos que hubiesen devengado el subsidio familiar en vigencia del Decreto 1794 de 2000, esto es, hasta el momento de su retiro.

Posteriormente, el Decreto 4433 de 2004, fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos allí los Soldados Profesionales, así, respecto a las partidas computables para la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, su artículo 13 dispuso 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:

13.1 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.

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.” (se resalta).

A su turno, el artículo 16 ibídem, respecto a la asignación de retiro para soldados profesionales estableció:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario

mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (se resalta)

Así las cosas, se repite, solo devengan subsidio familiar los soldados profesionales que hayan adquirido tal prestación en vigencia del Decreto 1794 de 2000, pero aun así este emolumento solo será devengado hasta el momento de su retiro y no hará parte de las partidas computables para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro.

De otra parte, es del caso aclarar que respecto a los Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares ocurre lo contrario, puesto que el subsidio familiar por ellos devengado si es computable como partida para sus correspondientes asignaciones de retiro según se desprende del tenor literal del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 transcrito.

Finalmente, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014 "*Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.*", y sobre lo pertinente menciona:

"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 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." (se resalta)

El mismo Decreto en su artículo 5 refiere:

"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.” (se resalta)

De lo anterior se puede concluir, que mediante el Decreto 1161 de 2014, nuevamente se creó a partir de julio 1 de dicho año el subsidio familiar para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y que el mismo se reconoció como partida computable para la asignación de retiro de estos, en un 70%.

Es del caso precisar que el subsidio familiar que es reconocido como partida computable de la asignación de retiro de Soldados Profesionales, es el creado mediante el Decreto 1161 de 2014, el cual excluye de su pago a los soldados que estuviesen devengando la misma prestación en atención a lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 y que la mencionada ley solo tiene efectos a partir del 25 de junio de 2014.

8.3. DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Como primera medida, se debe resaltar que el principio de igualdad se debe predicar de personas que se encuentran en iguales condiciones, pero ello no refiere a la plena y simple uniformidad, ya que representa la:

“(...) razonable disposición del derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes⁹.”

Así, la Corte Constitucional ha reiterado que no todo trato desigual o diferenciado conlleva discriminación, sino sólo aquel que carece de justificación objetiva y razonable. Por lo tanto, tal garantía se predica del trato equitativo que se debe otorgar a personas que se encuentren en situaciones equivalentes¹⁰.

Tal principio es desarrollado en el artículo 13 de la Constitución, como pilar de la sociedad organizada y del Estado Social de Derecho, el mismo, según la normatividad descrita, impone al Estado el deber de tratar a las personas de tal forma que las cargas y las ventajas sociales sean distribuidas de forma ecuánime entre ellos.

De otra parte, este deber se concreta en cuatro mandatos, según lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2012, de la siguiente forma:

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-387 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-081 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

"(...) del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables."

Así, para poder determinar si en casos concretos se trasgrede el principio de igualdad, la misma Corporación ha diseñado un test de igualdad que deberá ser tenido en cuenta al momento de efectuar el análisis respectivo, así¹¹:

"(...) La Corte Constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, cuya importancia radica en que otorga objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad que realizan los jueces sobre las normas y su fin no es otro que el de analizar si una norma trasgrede el principio de igualdad. La estructura analítica básica del juicio de igualdad puede reseñarse de la siguiente forma: (i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o tertium comparationis, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad; (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines."

Dichos criterios se aplican a las asignaciones de retiro que deben percibir quienes en su oportunidad fueron miembros de la Fuerza Pública Estatal.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO.

En atención a que el demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro bajo tres aspectos distintos, se analizará la prosperidad de las pretensiones de forma individual de la siguiente forma:

9.1 De la reliquidación de la asignación en cuanto al reajuste del salario básico tenido en cuenta para su reconocimiento:

Según lo probado en el proceso, es claro que el actor ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular desde mayo 1 de 1995 y se desempeñó como Soldado Voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, desde el 17 de enero de 1997 hasta octubre 31 de 2003.

Asimismo, que en virtud del Decreto 1793 de 2000, el accionante fue incorporado como Soldado Profesional por disposición de sus superiores a partir de noviembre 1 de 2003,

¹¹Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2009, C.P. Rodrigo Escobar Gil.

acogiéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 y desempeñándose en tal cargo hasta el momento de su retiro.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217 superior, los miembros de las Fuerzas Militares, incluidos allí los Soldados Profesionales, cuentan con un régimen prestacional especial, aunado a ello, estos últimos adquirieron el derecho a la asignación de retiro tan solo con la expedición de la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Así, con base en los criterios plasmados en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expide el Decreto 4433 de 2004, estableciendo la forma de liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales y las partidas computables a tener en cuenta para tal fin de la siguiente forma:

*“**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.

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

*“**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.” (se resalta).*

A su turno, el artículo 16 ibídem dispuso:

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

De los apartes normativos transcritos, se desprende que las partidas computables para el cálculo de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, son el salario mensual y la prima de antigüedad percibidos en actividad por el militar; no obstante, el artículo 16 ibídem menciona que el salario mensual que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación, es el indicado en el numeral 13.2.1, valga decir, el

contenido en el inciso primero del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, que a la letra reza:

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

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

Es claro entonces para el Despacho, que la partida computable para liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales denominada “*salario mensual*” es la equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%.

Ahora, el actor pretende que dicha partida sea incrementada en un 20% adicional, esto es, que se tome 1 SMLMV incrementado en un 60%, ello en razón a que en virtud de la transición dispuesta en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 antes transcrito, este era el salario que debía percibir en actividad, si se tiene en cuenta que se vinculó a la institución castrense en el grado de Soldado Voluntario con anterioridad a diciembre 31 de 2000.

Lo cierto del caso es que al revisar la hoja de servicios del demandante¹², se puede determinar que el salario que percibió en actividad era el equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%, pues se indica que por tal concepto en el año 2015 devengó la suma de \$902.090, teniendo entonces que el SMLMV para tal calenda ascendió a \$644.350.00¹³, que incrementado en un 40% arroja precisamente un total de \$902.090.00 M/Cte.

Ahora, no desconoce este juzgador que le asiste razón a la apoderada de la parte actora cuando refiere que según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al señor YAMINSON RIVAS debió cancelársele un sueldo mensual en actividad hasta la fecha de su retiro, equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 60%, no obstante las pruebas dan cuenta de que el incremento realizado fue de tan solo el 40%, situación que genera una diferencia en favor del actor, por tanto el acto acusado será objeto de nulidad.

¹² Folio 5 frente y vuelto

¹³ Según Decreto 2731 de diciembre 30 de 2014.

De otra parte se debe aclarar que dentro de las pruebas allegadas al expediente CREMIL aportó la Resolución No. 902 del 18 de enero de 2018¹⁴, en donde se hace el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro a partir del 30 de marzo de 2016.

Por lo que frente al acto acusado, si bien es procedente la nulidad parcial del mismo, respecto al restablecimiento del derecho, este será objeto de reconocimiento únicamente en la medida que la liquidación efectuada a favor del accionante no hubiera sido efectuada con base en los parámetros fijados en la presente decisión y que a continuación se relatan.

9.2. De la forma en que debe liquidarse la partida computable de prima de antigüedad en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Como se indicó anteriormente, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, están compuestas de dos (2) partidas computables, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad.

Ahora bien, el artículo 16 ibídem, sobre la forma de liquidar las referidas partidas para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro, establece que será:

“(…) 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 (...)” (Se resalta).

Teniendo en cuenta lo anterior, CREMIL al liquidar la asignación de retiro del demandante tomó el 70% de la sumatoria entre el sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo que quiere decir que afectó ambas partidas computables con el 70% en mención, según se desprende de la liquidación visible a folio 4 del expediente efectuada para el año 2016 y que se resume de la siguiente forma:

Sueldo Básico (smlv+40%)	\$965.237,00
Prima de Antigüedad 38.50%	\$260.131,00
Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad	\$935.797,00
Subs fliar (D.1161/2014 (sf enactivo x70%) =20%	135.133,00

¹⁴ Fl. 60-61

Asignación de Retiro	\$1.070.930,00
----------------------	----------------

Así las cosas, la parte demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro en lo referente a la partida computable de prima de antigüedad, pues en su sentir, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, prevé que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario básico, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, lo que implica que esa prima no se afecta con el 70%.

En efecto, al revisar el tenor literal de la norma, encuentra el Despacho que le asiste razón a la parte actora, pues la misma no ofrece duda al determinar que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe ser liquidada sobre el 70% del sueldo básico, adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad, sin que este último concepto se vea afectado por el mencionado 70%, pues de ser así se estaría efectuando una disminución doble a la mencionada prima que no está autorizado por la norma, que además se repite, goza de suficiente claridad.

Sobre el particular, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de diciembre 11 de 2014, determinó lo siguiente:

*"(...) 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" (se resalta)

Se destaca del aparte jurisprudencial transcrito y de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que el cálculo indicado por CREMIL para la asignación de retiro, no parte del salario, sino del 70% del mismo, al cual se le debe adicionar o sumar un 38.5% de la prima de antigüedad, que no puede afectarse con el referido 70%.

Deviene necesario entonces mencionar, que la fórmula de cálculo atendiendo el tenor de la norma y la certificación efectuada por la entidad¹⁵, en armonía con la fecha a partir

¹⁵ Según certificación obrante a folio 4 del expediente, vigente para el año 2016.

de la cual se produjo su asignación de retiro¹⁶, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, es de es de \$721.672,00.

Es decir, equivale a $\$1.030.960 \times 70 \% = \721.672

A dicho valor, se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, que es de \$396.920, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, por lo que la asignación de retiro que ha debido liquidarse para el año 2015 (fecha del retiro), en favor del demandante, equivale a \$ 1.118.592, en la siguiente forma:

Sueldo Básico	\$1.030.960,00
Sueldo Básico 70%	\$721.672,00
Más Prima de Antigüedad 38.50%	\$396.920,00
Total asignación de retiro	\$1.118.592,00

Se aclara no obstante, que en el caso sub judice, dicha prima deberá reliquidarse si fuere pertinente, desde la fecha misma de reconocimiento de la asignación, que según la Resolución No. 1168 de febrero 18 de 2016¹⁷, será a partir de marzo 30 de 2016:

En este orden de ideas, evidencia el Despacho que el acto demandado está viciado de falsa motivación, puesto que se dio una aplicación errada a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma que establece la manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro para el presente caso, precisamente en la forma como se liquidó la partida computable de prima de antigüedad, siendo necesario nulitar parcialmente el acto demandado en lo que sobre el particular corresponde y realizar el respectivo restablecimiento del derecho, a través de la liquidación respectiva.

9.3. De la solicitud de inclusión del subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro.

Sobre esta pretensión, debe indicarse que el compendio normativo expuesto con anterioridad, es claro al determinar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, numeral 13.1.7 otorga la facultad de tener el subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mientras que el numeral 13.2 del mismo artículo, en anuencia con el artículo 16 ibídem

¹⁷ Folios 2-3 frente y vuelto. 47. 48

no permiten que esa prestación sea computada para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales que hacen parte de las mismas Fuerzas Militares.

Por lo anterior se denota una clara discriminación respecto a los Soldados Profesionales que en servicio activo devengaron el referido subsidio familiar y no les fue computado el mismo para su asignación de retiro, pues para este Despacho no existe una razón jurídicamente justificable para dicho trato inequitativo.

Recuérdese que el subsidio familiar fue instituido para beneficiar a los trabajadores que devengan una baja remuneración, así, el artículo 1 de la Ley 21 de 1982 estableció el mismo como una prestación concebida con la finalidad de apoyar a la cabeza del núcleo familiar, trabajador de menor o mediano ingreso, en el sostenimiento de las personas a su cargo entre las que se encuentran el cónyuge o compañera (o) e hijos.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C - 440 de 2011, con ponencia del magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, respecto a la finalidad del subsidio familiar mencionó:

*"(...) De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad **orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.***

*"Así, ha dicho la Corte, **el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar (...)**" (se resalta)*

En estos términos, el subsidio familiar fue erigido para beneficiar al trabajador de bajos ingresos y a su núcleo familiar, de allí que no pueda aceptar este juzgador una posición normativa que determine que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares poseen derecho a que el subsidio familiar por ellos devengado en actividad les sea computado para incrementar el monto de su asignación de retiro y que lo mismo no ocurra con los Soldados Profesionales que en actividad devengaron el mismo rubro, cuando estos son quienes se encuentran más abajo en la escala de remuneración.

Respecto a este tema específico, el Consejo de Estado en sentencia de diciembre 9 de 2013, expediente 11001-03-15-000-2013-01821-00, actor: JOSÉ NARCÉS LÓPEZ BERMÚDEZ, puntualizó lo siguiente:

"(...) Con base en lo expuesto, la sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es una

medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los oficiales y suboficiales (...) “en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”, es decir, que sí lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

“En efecto, el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, empero, no la incluyó para los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

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

“Así pues, a la luz de la carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004, haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la fuerza pública que tienen una mejor categoría –los oficiales y suboficiales dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los soldados profesionales.

“En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, también lo es que, en el sub lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita (...).” (se resalta).

Por lo anterior es dable aseverar que existe un trato desigual entre Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales del Ejército, pues a los primeros se les está otorgando un beneficio que inicialmente debería favorecer a los referidos soldados por ser quienes ostentan el menor grado y quienes perciben una remuneración salarial más baja.

El referido trato inequitativo para los Soldados Profesionales inició con la expedición del Decreto 3770 de 2009, cuyo artículo primero derogó la disposición que les permitía a los mismos devengar el correspondiente subsidio familiar y la prueba fehaciente de dicha desigualdad es precisamente el Decreto 1161 de 2014 a través del cual se otorgó nuevamente a los Soldados Profesionales la posibilidad de devengar el subsidio familiar, y aún más, se le concedió a este la facultad de ser partida computable para la respectiva asignación de retiro, no obstante dicha norma no favorece al actor por no encontrarse vigente al momento de su retiro.

Ahora bien, es del caso reiterar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 permite que el subsidio familiar sea computado para la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y respecto a los soldados sólo permite el cómputo del salario mensual y la prima de antigüedad, excluyendo el referido subsidio; finalmente, el párrafo del mencionado artículo menciona:

*"(...) **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."*

En esta medida, esta disposición para el caso concreto riñe con el principio de igualdad dispuesto en el artículo 13 superior, pues no permite la inclusión del subsidio familiar como partida computable para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales cuando expresamente si se otorgó tal prerrogativa a uniformados del mismo cuerpo que ostentan grados más altos y por ende devengan una mayor remuneración.

Es del caso precisar que si bien no se puede efectuar un juicio de igualdad entre desiguales, esto es, oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para el caso concreto lo que se debe observar es la finalidad de la prestación que se reclama, así, la desigualdad radica en que a uniformados del mismo cuerpo militar, que ostentan un rango más alto y devengan una mayor remuneración que los Soldados Profesionales se les permite el computo del subsidio familiar como partida para incrementar su asignación de retiro, mientras que a éstos últimos no, siendo que precisamente esa prestación fue creada para favorecer a los empleados con remuneraciones bajas y a su núcleo familiar como lo son los Soldados Profesionales.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el actor adquirió el derecho a devengar el subsidio familiar en actividad, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 y mantuvo dicha prerrogativa hasta el momento de su retiro (aun después de la expedición del Decreto 3770 de 2009) es acertado afirmar que el mismo, al igual que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, bajo la egida del principio de igualdad tenía derecho a que en su asignación de retiro se computara la partida de subsidio familiar en la misma proporción en que venía siendo devengada en actividad.

Por lo anterior, y como quiera que la inclusión del subsidio familiar devengado por el actor, no fue objeto de análisis en la resolución 902 de enero 18 de 2018 como partida computable a su asignación de retiro, no obstante fuera objeto de reconocimiento en la resolución demandada, se ordenará reliquidar el valor de la asignación de retiro en materia de subsidio familiar, teniendo en cuenta el valor de la asignación establecido en esta providencia.

9.4 Liquidación de la Condena

La reliquidación deberá realizarse en el sueldo básico, la prima de antigüedad y el

subsidio familiar desde la fecha en que se reconoció el pago de la asignación de retiro del demandante, esto es, desde marzo 30 de 2016, fecha a partir de la cual igualmente deberán pagarse las diferencias que resulten entre la asignación reconocida a través de la Resolución No. 1168 de febrero 18 de 2016.

En caso de que dicha reliquidación ya haya sido realizada a través de la Resolución No. 902 del 18 de enero de 2018¹⁸ (por medio del cual se ordena el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del accionante a partir del 30 de marzo de 2016), total o parcialmente se descontaran los valores a que hay lugar.

Se destaca que sobre las diferencias que puedan existir no es aplicable la prescripción trienal de que trata el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto la petición que interrumpió tal termino fue presentada el 20 de enero de 2017¹⁹, es decir, cuando solo habían pasado menos de un (1) año desde el reconocimiento prestacional y en razón a ello deberán ser canceladas en su totalidad.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del inciso final 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 las diferencias reconocidas en esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. asignación mensual de retiro o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

¹⁸ Fl. 60-63 frente y reverso

¹⁹ Folio 14.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3° del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁰, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²¹:

“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)” (se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”

²⁰ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye esta juzgadora que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Resolución No. 1169 del 18 de febrero de 2016, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, respecto a la partida computable de prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar en dicha prestación y el salario básico conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, reliquidar y pagar al S.L.P. ® YAMINSON RIVAS, identificado con CC. N° 11.636.944, la asignación de retiro bajo los siguientes parámetros, señalados específicamente en la parte motiva de la presente providencia con el incremento del salario básico del 60%:

- Teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica mensual, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar la referida prima con el mencionado 70%.
- Incluyendo como partida computable de su asignación, el subsidio familiar en la misma proporción en que fue devengado por el demandante en actividad.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, pagar las diferencias que resulten entre la asignación reconocida mediante la Resolución No. 1168 de febrero 18 de 2016 y el resultado que arroje la liquidación de la asignación que se efectuó con ocasión al cumplimiento de la presente providencia a partir de marzo 30 de 2016, haciendo los descuentos a que hubiere lugar si por virtud de la Resolución No. 902 del 18 de enero de 2018 ya se hubieren cancelado.

CUARTO: Las sumas a las cuales fue condenada la entidad demandada deberán ajustarse tomando en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta el momento de la ejecutoria de esta providencia, en la forma como se indica en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, según lo expuesto

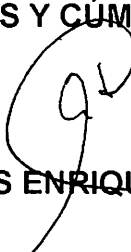
SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

OCTAVO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

NOVENO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

DÉCIMO: Esta sentencia queda notificada en estrados, y como consecuencia de ello, quedan notificadas todas las partes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 202 del CPACA, y contra ella procede el recurso de apelación (Arts. 243 y 247 ib.)

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez