



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSE RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2018-00053-00

ACTA No. 076 de 2019
AUDIENCIA INICIAL ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los diecinueve (19) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del 27 de mayo del presente año, se constituye el Juez Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 15001-3333-006-2018-00053-00**, promovido por el señor **JOSE RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** a través de apoderado judicial, en contra de **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Medidas cautelares
7. Decreto de Pruebas.
8. Sentencia de Primera Instancia, si se dan los respectivos presupuestos.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del CPACA, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del CPACA.

1. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1.- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

- Apoderada: **LILIANA FONSECA SALAMANCA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 33.379.667, y portadora de la tarjeta profesional 189.246 del C.S. de la J.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

Así mismo, se allega a esta audiencia poder conferido por el abogado el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada a la abogada **LILIANA FONSECA SALAMANCA**, el cual por reunir los requisitos de que trata los artículos 74 y 75 del CGP, se le reconocerá personería para actuar en los términos y para los efectos del memorial poder.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, así como la representante del Ministerio Público, y de la apoderada de la parte demandante.** No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues su inasistencia no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 CPACA.

Se advierte que ante la inasistencia de la apoderada de la parte demandante se dará aplicación a lo establecido en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del CPACA

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se pone en conocimiento de las partes que revisado nuevamente el expediente se advierte que éste despacho es competente para conocer del presente asunto (núm. 2º 155 del CPACA.), las partes son capaces (art. 159 ídem y 54 C.G.P.) están debidamente representadas (art. 75 C.G.P.) y la demanda se notificó en debida forma (arts. 171 y 199 CPACA, modificado por el 612 del C.G.P), además que se cumplen con los demás presupuestos procesales de la acción.

No obstante, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten si advierten vicio o irregularidad alguna que afecte lo actuado hasta esta etapa procesal.

Parte demandada: No observa vicio o causal de nulidad.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** al contestar la demanda presentó como excepciones las que denominó: "**CORRECTA APLICACIÓN**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO”, “NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD”, “EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO”, “LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES”, “NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD”, “NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL” y “PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO”(fls. 56 a 92), de las cuales se corrió traslado de conformidad con el artículo 175 del CPACA, (fl. 93); ahora, después de analizar las excepciones formuladas se advierte que se tratan de excepciones de fondo las que salvo la de prescripción, no se enmarcan dentro de las que deben resolverse en este estadio procesal, por lo que se resolverán con el fondo del asunto al emitir el respectivo fallo de primera instancia. En cuanto a la excepción de prescripción indica el Despacho que esta será también resuelta con el fondo del asunto al proferir la sentencia de primera instancia, atendiendo a su naturaleza accesoria respecto de la prosperidad o no de las pretensiones.

Así mismo, el Despacho no encontró excepción alguna que deba declarar en este momento, que sólo está previsto para que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.*- y las previas enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión normativa del artículo 306¹ del C.P.A.C.A.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la sentencia se decida sobre cualquier excepción que resulte probada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este despacho, es menester recordar a las partes que la apoderada judicial del señor **JOSE RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** en el libelo introductorio solicitó como pretensiones:

(i) Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo contenido en el oficio N°0085852 de fecha 28 de diciembre de 2017 mediante el cual, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** que negó las siguientes peticiones:

(a) La reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional aplicando i) el salario mínimo legal mensual vigente incrementando en una 60%, ii) adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad sin que se le aplique un doble descuento, de acuerdo a la siguiente formula:

¹ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

$$AR = (AB * 70\%) + 38,5\% PA$$

Donde

AR=Asignación de Retiro.

AB= Asignación Básica conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, 1,6 veces el SMLMV.

PA= Prima de antigüedad (en un 38,5%).

(b) Reajustar la asignación de retiro tomando como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que se le venía reconociendo al momento de su retiro.

(c) Pagar las diferencias resultantes entre lo pagado y lo reliquidado de forma indexada mes a mes desde la fecha de cada uno de los pagos y la fecha en que se realice la reliquidación.

(ii) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** a que cumpla las solicitudes anteriores.

(iii) Ordenar el pago del ajuste de valor o indexación de las sumas anteriores conforme al artículo 187 del CPACA.

(iv) Ordenar a la demandada dar cumplimiento en los términos previstos en los artículos 192 del CPACA.

(v) Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho conforme al artículo 188 del CPACA.

Se indaga a las partes si están de acuerdo con la síntesis efectuada por el Despacho.

- **Apoderado de la parte demandada:** Conforme.

Ahora bien en relación con los hechos en los que la parte demandante sustenta su pretensiones de conformidad con lo prevé el numeral 7º del artículo 180 del CPACA se indaga a la parte asistente en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos.

- **Apoderado de la parte demandada:** La entidad esta de acuerdo con los hechos frente a la actuación administrativa y los demás deben ser objeto de prueba documental.

Escuchada la parte demandada y teniendo en cuenta las respuestas dadas a la demanda interpuesta se tienen como hechos sobre los que no existe controversia *los hechos relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa*.

Frente a los demás hechos la entidad accionada se opone y considera que se son objeto de debate.

Teniendo en cuenta lo anterior y los aspectos en los que hay diferencias el Despacho pretende resolver los siguientes problemas jurídicos:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

1. *¿Establecer si la entidad demandada efectuó de forma errónea el cálculo del valor de la asignación de retiro del accionante, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes base de liquidación?*
2. *¿Determinar si es procedente el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro del demandante, en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que ingresó como soldado voluntario en vigencia de la Ley 131 de 1985, y con posterioridad fue incorporado como soldado profesional?*
3. *¿Determinar si la entidad demandada, interpretó en forma indebida el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro del demandante y si como consecuencia de dicha interpretación se le causaron al demandante perjuicios económicos que requieran resarcirse?*
4. *¿Establecer qué porcentaje del subsidio familiar percibido por el demandante debe tenerse en cuenta como partida para liquidar la asignación de retiro?*
5. *¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?*
6. *¿Igualmente, si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.?*

Se concede el uso de la palabra a la parte asistente para que se pronuncie sobre la fijación del litigio expuesta por el Despacho: **Conforme.**

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

5. CONCILIACIÓN:

Si bien el artículo 180 N° 8 establece que en cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, ante la inasistencia de la apoderada de la entidad accionada, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia. No obstante, indaga a la apoderada de la entidad accionada para que informe si su representada tiene o no animo conciliatorio.

- **Apoderada -CREMIL- Manifiesta que el Comité de Defensa de la entidad que representa no tiene animo conciliatorio y aíllegue el acta respectiva. Minuto 00:20:00 a Minuto 00:21:10.**

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

6. MEDIDAS CAUTELARES.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

En la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia, por lo cual no existen medidas por resolver.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

7. DECRETO DE PRUEBAS:

7.1. PARTE DEMANDANTE

7.1.1. DOCUMENTALES APORTADAS:

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la demanda, relacionadas en el acápite de pruebas y que obran a folios del 18 al 36.

7.1.2. DOCUMENTALES SOLICITADAS:

Se niega la prueba que solicita, esto es que se oficie a la Jefatura de Recursos Humanos del Ejército Nacional a fin de que se allegue al proceso certificación de salarios devengados por el soldado profesional entre el mes de enero y el mes de diciembre de 2013, junto con la copia de su hoja de servicios. Teniendo en cuenta que el asunto objeto del presente proceso es de mero derecho, considera el despacho que con los documentos obrantes en el expediente se puede proferir decisión de fondo que en derecho corresponda.

7.2. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

7.2.1. DOCUMENTALES.

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la contestación de la demanda, relacionadas en el acápite de pruebas y que obran a folios del 75 a 92.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Advierte el Despacho que no existen pruebas por practicar, y las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, en consecuencia se dará aplicación al inciso final del artículo 179 del CPACA, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión de las partes asistentes y seguidamente se dictará la sentencia que en derecho corresponda.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin objeciones.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se concede el uso de la palabra a la parte demandada para que presente sus alegatos de conclusión:

-Apoderado de la parte demandada: Se ratifica en lo manifestado en la contestación de la demanda, considera que el presente asunto es de mero derecho, y que la entidad demandada ya reajusto la asignación de retiro del demandante y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda. Minuto: 00:26:00 a Minuto: 00:27:40

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

10.1. Presentación del caso y planteamiento de los problemas a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio los problemas jurídicos que deben resolverse son los siguientes:

1. *¿Establecer si la entidad demandada efectuó de forma errónea el cálculo del valor de la asignación de retiro del accionante, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes base de liquidación?*
2. *¿Determinar si es procedente el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro del demandante, en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que ingresó como soldado voluntario en vigencia de la Ley 131 de 1985, y con posterioridad fue incorporado como soldado profesional?*
3. *¿Determinar si la entidad demandada, interpretó en forma indebida el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro del demandante y si como consecuencia de dicha interpretación se le causaron al demandante perjuicios económicos que requieran resarcirse?*
4. *¿Establecer qué porcentaje del subsidio familiar percibido por el demandante debe tenerse en cuenta como partida para liquidar la asignación de retiro.?*
5. *¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?*
6. *¿Igualmente, si es menester ordenar el reconocimiento y pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero reconocidas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.?*

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho analizará los siguientes temas: **i)** Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para determinación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; **ii)** Aplicación para liquidación de la asignación de retiro de lo previsto

en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000; **iii)** La prima de antigüedad, el subsidio familiar y su reconocimiento para los Soldados Profesionales del Ejército Nacional; **v)** Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad; **vi)** Caso Concreto.

10.2. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la determinación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispone:

"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". (Resaltado en negrillas del despacho)

De la lectura de la norma se tiene que el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales debe determinarse tomando el 70% del salario básico mensual y a está se le debe adicionar el 38.5 de la prima de antigüedad estimada está del 100% del salario básico, más los factores de los que trataremos en puntos posteriores.

Sumado a lo anterior, debe hacerse referencia a la **Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez**, en la cual se precisó la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al respecto se trae a referencia algunos de los apartes que hacen alusión a tal situación, de la siguiente forma:

"(...) 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 mesada³², 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 mensual. En otras palabras, sé 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 antigüedad.

(...)(...)

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁷⁷.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, **lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio.** Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas. (...) (...)” (Negrilla fuera del texto)

Luego de las anteriores consideraciones, la sentencia que seguimos Unificó Jurisprudencia de la siguiente manera:

“(...) Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:
 (...) (...)”

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$ (...) (...)” (Negrilla fuera del texto.)

10.3 Aplicación para la liquidación de la asignación de retiro de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000

El Decreto 2157 de 8 de agosto de 1985, “Por el cual se dictan normas tendientes al restablecimiento del orden público”, contempló:

“ARTÍCULO 3o. El personal de soldados voluntarios devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.”

Posteriormente, se dictó la Ley 131 de 1985, “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, que dispuso:

“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.” (Subrayado de la Sala).

A través de dicha normatividad se estableció el servicio militar voluntario para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran al comandante de fuerza el deseo de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados por él, para los cuales se dispuso una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

En el año 2000 fue expedido el Decreto 1793, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", el cual señaló:

"ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. 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. (...)

(...)(...)

"ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá el régimen salarial y el prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

(...)(...)

*"ARTÍCULO 42. ÁMBITO DE APLICACIÓN. **El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales. (...)**"(Negrillas del despacho).*

Se dispuso entonces en este Decreto que el Gobierno Nacional expedirá el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4^o de 1992, **sin desmejorar los derechos adquiridos**, igualmente que el mismo se aplicaría tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

Fue así como el Gobierno Nacional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, expidió 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", norma que en su artículo 1^o preceptuó:

"ARTICULO 1. 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.

***"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%). (...)"**(Negrillas del Despacho)*

El contenido del artículo 1^o del Decreto 1794 de 2000, permite establecer que el Gobierno Nacional dispuso como asignación salarial mensual para los soldados profesionales un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, no obstante, el inciso segundo de esta misma codificación fue preciso al señalar que sin perjuicio de la asignación salarial dispuesta para los soldados profesionales que se vinculen en vigencia de dicho Decreto, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

La anterior interpretación normativa, fue reiterada por la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, como se observa seguidamente;

"(...)

220. *En conclusión, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.*

221. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%. (...)"*

Luego de las anteriores consideraciones, la sentencia de Unificación que seguimos dispuso:

"(...) Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

(...)(...)"

4. *A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:*

4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*

4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%. (...)(...)"*

En conclusión, la sentencia de unificación relacionó *las partidas computables* para determinar la asignación de retiro de los soldados profesionales, las cuales corresponden al **salario mensual** y la **prima de antigüedad y subsidio familiar** (con las particularidades referidas), **quedando**

excluida entre otras, la Prima de Navidad.

Finalmente, el Despacho tendrá en cuenta los lineamientos de la **Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019²** para resolver el presente asunto, pues los efectos de dicha providencia son aplicables de forma retroactiva, sobre este punto dicha providencia indicó lo siguiente;

"(...) 287. Ahora bien, en el sub examine, es importante anotar que la tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de materias sobre las cuales se está sentando jurisprudencia y, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

288. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial. (...)"
 (Negrilla fuera del texto).

10.4. Marco jurídico y jurisprudencial del Subsidio Familiar para Soldados Profesionales

El Subsidio Familiar es una prestación social instituida en favor de los trabajadores de medianos y menores ingresos, con la finalidad de morigerar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Constituyendo un pago en dinero, especie y servicio.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del subsidio familiar, la Corte Constitucional entre otras, en la Sentencia T- 712 de 2003, la señaló:

*"El subsidio familiar es considerado como una especie del género de la seguridad social regido, por lo tanto, por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad incorporados en el artículo 49 de la Carta Política. Constituye, por ende, una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno.
 -Es una prestación social cuya finalidad es la de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Su objetivo no es entonces retribuir directamente el trabajo, como sí lo hace el salario³"*

Ahora bien, el subsidio familiar para los **soldados profesionales** se estableció, a través del Decreto No 1794 de 2000 el cual señala en su artículo 11 lo siguiente:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

² Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 15 de agosto de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

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."

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 fue derogado por el artículo 1 del Decreto 3770 del 2009, manteniendo el beneficio en favor de los militares que a la entrada en vigencia de dicha norma se encontraran percibiéndolo, disponiendo lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. *Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.*

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. *Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual"*

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, que se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, en su artículo 13º consagra la forma de liquidación de esta prestación para los soldados profesionales, de la siguiente manera:

"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.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Se resalta de las normas citadas que, a los soldados profesionales no se les incluyó inicialmente el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro; mientras que sí se contempló para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sobre el problema jurídico planteado el Consejo de Estado⁴ se ha pronunciado, señalando que la medida establecida por el Gobierno Nacional en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, no persigue un objetivo constitucional que resulte legítimo, importante e imperioso, por lo que más bien representa un trato discriminatorio no justificado constitucionalmente frente a los soldados profesionales, ai no incluir el subsidio familiar como una

⁴ Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Expediente núm. 2014-02292-01. Acción de tutela del 11 de diciembre de 2014. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

partida computable en sus asignaciones de retiro, como sí lo hizo para el caso de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así lo señaló la Subsección "B" de Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013 proferida dentro del proceso radicado AC-11001-03-15-000-2013-01821-00⁵, cuando decidió tutelar el derecho a la igualdad de un soldado profesional a quien le fue negada la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, ordenando al Tribunal accionado inaplicar por inconstitucional la disposición contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia conceder las pretensiones de la demanda. En esta providencia la Sala señaló lo siguiente:

"...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 en 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 un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a 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 las 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. ..."

La anterior tesis fue reiterada por El Consejo de Estado; entre otras, en sentencia del 27 de octubre de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-Subsección A- Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14). Actor: Armando Guarín Cujaban. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Ahora, igual consideración ha merecido el tema para el Tribunal Administrativo de Boyacá, Corporación que ha señalado que existe un trato desigual por la falta de inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

En efecto, el Tribunal ha dicho:

"no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad, porque el alcance Constitucional que se le ha dado al subsidio familiar, es el de una prestación social legal de carácter laboral, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, sin importar a que familia pertenezca, - Si a la del Soldado o al del Oficial o Suboficial; por lo que pretende desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del Soldado, se configura una flagrante violación a los principios de

⁵ M: P. Berta Ramírez.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

*igualdad, solidaridad, y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón del ser del subsidio familiar*⁶.

Más recientemente sobre el tema dijo:

*"...Sin embargo, en lo que respecta específicamente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece un trato diferencial entre los soldados profesionales y los suboficiales, al prohibir a los primeros la inclusión del subsidio familiar, para efectos de liquidar la asignación de retiro, mientras que para los segundos lo estableció como permitido, encuentra la Sala una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encontró fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta, que como ya se estudió, la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajos ingresos se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad."*⁷ (Subrayado fuera de texto).

Sumado a lo anterior, no se puede perder de vista que el Gobierno Nacional en el año 2014 expidió el Decreto 1162, el cual, consignó en favor de los soldados profesionales el subsidio familiar en los siguientes términos:

"... 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..." (Negrilla fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior este despacho venía reconociendo el 100% del subsidio familiar devengado en actividad por los soldados profesionales como partida computable en la asignación de retiro, en atención al principio de igualdad, sin embargo, en atención a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado a la que se ha venido haciendo alusión a lo largo de esta providencia, según la cual el porcentaje del subsidio familiar que se debe reconocer como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es del 30% siempre y cuando se hubieren retirado a partir del mes de julio de 2014 y quienes se hayan retirado con anterioridad a dicha fecha no tienen derecho a dicha prestación. Al efecto, en la mencionada sentencia de unificación el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo dijo:

2. 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

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 1. Sentencia de 28 de abril de 2014. Exp. 15001333301220120013301, M.P. Fabio Iván Afanador.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 5. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Exp. 15001333301220140024601, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

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.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

7. Caso Concreto

Como se indicó, al momento de la fijación del litigio la discusión dentro del *sub lite* se circunscribe a determinar si el señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** tiene derecho a que se ordene el reajuste de la asignación de retiro que devenga, **(i)** tomando para la determinación de las partidas como **salario básico mensual**, el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, dando aplicación al parágrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, **(ii)** si la partida de prima de antigüedad fue afectada al momento de su determinación, y **(iii)** establecer qué porcentaje del subsidio familiar percibido por el demandante debe tenerse en cuenta como partida para liquidar la asignación de retiro.

El Despacho encuentra acreditado o probado en la actuación lo siguiente:

- Que el señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** prestó el servicio militar como soldado regular del Ejército Nacional desde el 16 de Junio de 1994 y hasta el 10 de diciembre de 1995 (fl. 75 Vto).
- Que el señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** se desempeñó como soldado voluntario desde el 15 de abril de 1998 y hasta el 31 de octubre de 2003 (fl. 75 Vto).
- Que el demandante a partir del 1° de noviembre de 2003 cambió su status de soldado voluntario a soldado profesional condición con la que estuvo vinculado hasta el 30 de enero de 2017 (fl. 75 Vto).
- Que el señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** permaneció por TRES MESES DE ALTA del 30 de enero de 2017 y el 30 de abril de 2017 (fl. 75 Vto).
- Que el señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** trabajó en favor del Ejército Nacional por el término de 20 años, 3 meses y 9 días, por lo cual dicha entidad mediante Resolución No. 2572 del 5 de abril de 2017 le reconoció asignación de retiro a partir del 30 de abril de 2017, teniendo como partidas para su determinación el 70% del salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el 38.5% por prima de antigüedad, y el subsidio familiar en un 30% (fls. 76 Vto - 78).
- Que la parte actora el día 22 de diciembre de 2017 solicitó a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, la reliquidación de su asignación de retiro para que se le incluyera el 60% del salario mínimo legal vigente, además se reliquide la prestación aplicando en debida forma la partida de prima de antigüedad. (fls. 18 a 25).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

- Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, mediante consecutivo N° 2017-85852 del 28 de diciembre de 2017, niega la solicitud del accionante orientada a obtener el reajuste de la asignación de retiro incrementando las partidas de salario y prima de antigüedad. (fls. 29 y 30).
- Que el salario mensual del señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** para el año 2017 incrementado en un 40% asciende a \$1.032.804 (fl. 28).

Con los anteriores elementos de juicio corresponde al Despacho entrar a resolver los problemas jurídicos expuestos en precedencia.

❖ **Sobre la pretensión orientada a obtener el reajuste de la asignación de retiro del demandante, tomando para la determinación de las partidas como salario básico mensual, el salario mínimo legal vigente incrementado en el 60% y no el 40% como se reconoció.**

Sobre este punto, de acuerdo con la hoja de servicios del señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA**, se encuentra acreditado que ingresó al **Ejército Nacional** en calidad de **soldado regular** desde el 16 de Junio de 1994 y hasta el 10 de diciembre de 1995; como **soldado voluntario** del 15 de abril de 1998 y hasta el 31 de octubre de 2003, y en virtud del Decreto 1793 de 2000, fue incorporado como **soldado profesional** a partir del 1 de noviembre de 2003, acogándose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000 donde perduró hasta el 30 de enero de 2017; luego estuvo en el periodo de **Tres Meses de Alta** hasta el 30 de abril del año 2017 y a partir de dicha fecha se le reconoció la asignación de retiro (fls. 75 a 78).

Que según la hoja de servicios del señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA**, en el año **2017** la entidad demandada para determinar los porcentajes de las partidas que se tienen en cuenta para determinar el monto de su asignación de retiro (*% de sueldo y % prima de antigüedad*) tuvo en cuenta como **salario mensual** la suma de \$1.032.804, lo que corresponde al salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%), cuando debió incrementarse en un 60% habida cuenta que el demandante se vinculó al Ejército Nacional con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, como lo establece el decreto 1794 (fl. 75 Vto).

Que según la certificación de 2017 suscrita por la **Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de -CREMIL-**, la asignación de retiro del demandante fue liquidada teniendo en cuenta como **salario mensual** para determinar las partidas computables, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, esto es la suma de **\$1.032.804**. (fl. 75 Vto).

En ese orden de ideas, el Despacho encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado que negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante tomando como fundamento el SALARIO MENSUAL en los términos del Decreto 1794 de 2000, toda vez que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia analizada, el demandante conservó el beneficio salarial de *soldado voluntario*, por lo cual, tiene derecho a que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reajuste su asignación de retiro, teniendo como SALARIO MENSUAL para determinar las partidas computables el señalado en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; situación que cabe decir no transgrede el principio de inescindibilidad normativa a la luz de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, postura reiterada por dicha corporación; entre otras, en sentencias del 9 de marzo de 2017, del 17 de mayo de 2018, y consolidada mediante la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, se accede a la pretensión de ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta como salario mensual para determinar las partidas computables en la asignación de retiro, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha del reconocimiento incrementado en un 60%, como lo establece el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. Así mismo, se dispondrá que la entidad demandada al momento de realizar la reliquidación, descuente los dineros originados en dichos incrementos y que correspondan a aportes de seguridad social

❖ **En lo que tiene que ver con la pretensión orientada a que la entidad demandada reliquide la asignación de retiro del demandante en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica adicionada con el 38.5 de la prima de antigüedad.**

Al respecto, la parte demandante fundamenta esta petición señalando que la entidad demandada desde el reconocimiento de la asignación de retiro del señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA** le está liquidando el 70%, tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, lo que afecta en forma significativa el valor de la mesada a cancelar, e ilustra dicha situación de la siguiente forma;

Por lo expuesto, señala que la forma como **-CREMIL-** está liquidando la asignación de retiro del demandante es violatoria del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo cual afecta el monto de su prestación. **Por lo cual, solicita que se ordene la reliquidación de la asignación de retiro de acuerdo al inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 de 2000**

Al respecto, El Despacho al revisar la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro del Demandante (fls. 17 y 18), encuentra que entre las partidas computables para determinar la asignación de retiro consigna el 38.5% como prima de antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **sin embargo, al observarse la certificación de la entidad demandada, donde constan los porcentajes y partidas computables en la asignación de retiro del demandante (fl. 19)**, se encuentra probado que efectivamente le asiste razón al actor, pues se consigna como salario mensual **\$1.032.804** (año 2017), y se establece como partida de prima de antigüedad la suma de **\$278.341**, monto inferior al 38.5% que establece el Decreto 4433 de 2004, y que de acuerdo al lineamiento señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, se extrae del 100% del **SALARIO MENSUAL**.

Por lo cual, se advierte que se afectó la **prima de antigüedad** al momento de determinar el valor que correspondía por esta partida, para establecer el monto de la asignación de retiro del demandante, por lo que se ordenará la reliquidación de este concepto, **esto es se extraiga el 38.5% que establece el Decreto 4433 de 2004, del 100% del salario básico mensual del demandante;** con la precisión que en los términos del inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, **equivale a un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%**, desvirtuando la presunción de legalidad del acto administrativo demandado frente a este aspecto de la demanda.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Frente a la pretensión del demandante en el sentido de reajustar la asignación de retiro tomando como partida conmutable el subsidio familiar en el porcentaje que se le venía reconociendo al momento de su retiro, el despacho aclara que con sujeción a la sentencia de unificación a la que se viene haciendo alusión, no es el 100% de dicho subsidio la partida conmutable para la liquidación de la asignación de retiro, sino tan solo el 30% de este, tal como fue ordenado en la resolución por la cual se le hizo el reconocimiento de la asignación de retiro, sin embargo, se hace la precisión que el monto de dicho concepto debe reajustarse como consecuencia del incremento del 20% del salario básico mensual que se ordena tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro, la cual deberá igualmente determinarse del 100% del salario básico mensual y no como lo liquidó la entidad demanda tomándolo del 70% de este (fls. 28 y 91).

No obstante, el Juzgado encuentra que la entidad demandada allegó copia de la Resolución No. 263 del 18 de enero del 2018 a través de la cual ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del accionante y dispuso el pago de los valores resultantes sobre las mesadas causadas desde cuando se le reconoció el derecho (fl. 89 Vto - 90), y se allegó tarjeta de liquidación vista a folio 91 donde se liquida la asignación de retiro del demandante conforme a la mencionada Resolución de 18 de enero de 2018.

Sin embargo, en esta última Resolución persiste la entidad accionada en liquidar el 38,5% de la prima de antigüedad como partida conmutable para la liquidación de la asignación de retiro, del 70% del salario base y no del 100% como debió hacerlo. Además, no se demostró de manera efectiva que al demandante se le venga pagando la asignación de retiro en la forma ordenada en la Resolución de enero de 2018. Por lo cual, la existencia de este último acto administrativo no torna improcedente la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, y **se dispondrá que la entidad demandada al momento de realizar la reliquidación que se ordene, descuenta los dineros originados en dichos incrementos en caso que hayan sido sufragados.**

12. PRESCRIPCIÓN

En relación a la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, debe decir el Despacho que el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, la regulan y establecen un término cuatrienal. Así las cosas, en el presente asunto se observa que al demandante se le reconoció **la asignación de retiro con efectos fiscales a partir del 30 de abril de 2017 (fl. 26 y 27)** y la solicitud de reajuste teniendo en cuenta como **salario mensual para extraer las partidas el mínimo legal vigente incrementado en un 60% como lo establece el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y se liquide en debida forma la partida prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004. (fls. 18 a 25) fue presentada el 22 de diciembre de 2017**, por lo cual no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción. En razón a ello, se ordenará el reajuste de la asignación del accionante a partir de su reconocimiento, **esto es, con efectos fiscales a partir del 30 de abril de 2017.**

13. DE LAS EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las que denominó **"CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO", "NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD", "EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO", "LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES", "NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD", "NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL" y "PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO"(fls. 56 a 92)** frente a las cuales, atendiendo las motivaciones realizadas en precedencia y las resultas del proceso se advierte que no tienen vocación de prosperidad, por lo cual el Despacho no realizará pronunciamiento adicional alguno frente a las mismas.

14. Aportes a Seguridad Social: Finalmente, es del caso resaltar que sobre la reliquidación ordenada se ordena realizar los descuentos respectivos por aportes a seguridad social, siempre y cuando no se hayan efectuado dichas deducciones.

15. El ajuste al valor: La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

12. Los intereses: Por último, la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"** pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

13. El cumplimiento de la decisión judicial: La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"**, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

14. Costas

Respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

Primero.- DECLARAR no probadas las excepciones denominadas: **"CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO"**, **"NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD"**, **"EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO"**, **"LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES"**, **"NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD"**, **"NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL"** y **"PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO"**, propuestas por el apoderado de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio con consecutivo No. 0085852 del 28 de diciembre de 2017 (fls. 29-30), expedido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, por medio del cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante *teniendo en cuenta como salario mensual para extraer las partidas computables, el mínimo legal vigente incrementado en un 60% como lo establece el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y ordenar se liquide en debida forma la partida prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004*, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

Tercero.- Como consecuencia del cumplimiento de las disposiciones impartidas en el numeral segundo de esta providencia, ORDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** reajustar la asignación de retiro del señor **JOSÉ RIGOBERTO NIÑO CASTAÑEDA**, identificado con C.C. N° 4.282.179, **a partir del 30 de abril de 2017 (fecha de su reconocimiento), con efectos fiscales a partir de la misma fecha**, teniendo en cuenta como partida computable de la asignación de retiro el treinta por ciento (30%) de lo percibido en actividad como **subsidio familiar** debidamente determinado, y como consecuencia del reajuste ordenado en precedencia, pagar las diferencias resultantes entre el valor cancelado y el que debió pagarse desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta que se efectúe la reliquidación, **conforme a las motivaciones dispuestas en la parte considerativa de esta providencia.**

Cuarto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** deberá DESCONTAR, las sumas correspondientes a aportes al Sistema de Seguridad Social, que no se hubieren efectuado.

Quinto.- Condenar a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-** a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, como se indicó en precedencia.

Sexto.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

Octavo.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Noveno.- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Décimo.- Por Secretaría y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Décimo Primero.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

La parte demandada señala que dentro de los 10 días de que trata el artículo 247 del CPACA, determinará si interpone el recurso de apelación de acuerdo a las directrices de la entidad que representa.

15. Control de legalidad

En concordancia con el artículo 207 del C.P.A.C.A., el Despacho NO advierte la existencia de alguna irregularidad o vicio que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a la parte asistente para que se manifieste al respecto. Quien informa que no advierte vicios o irregularidad que deba ser saneada. Se declara saneado el proceso.

Las anteriores decisiones se notifican en estrados.

Sin observaciones.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 10: 12 am y se firma por quienes intervinieron en ella.


HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
 Juez


LILIANA FONSECA SALAMANCA
 Apoderada -CREMIL-

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2018-00053-00
 Demandante: José Rigoberto Niño Castañeda
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL



FABIO HERRÁN RODRÍGUEZ

Profesional Universitario - Secretario Ad-Hoc

- [1] sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 85001333300220130006001 expediente (3420-2015) CE-SUJ2-003-16
- [2] Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 9 de marzo de 2017 magistrado ponente William Hernández Gómez, radicación número 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14)
- [3] Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 17 de mayo de 2018 magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número 15001-23-33-000-2014-00179-01(1849-17)
- [4] Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez
- [5] Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez
- [6] Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez
- [7] *"Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."*
- [8] *Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*
- [9] *Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares*
- [10] *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.*
- [11] Sentencia del 26 de julio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 15238 3333 001 2017 00026-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz y Sentencia de Unificación del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez