



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E  
SISTEMA ORAL**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)

**MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

**SENTENCIA No. 005**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	WHILTON JOSÉ OQUENDO PACHECO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
REFERENCIA:	2530733400022015-00305-01
TEMAS:	REAJUSTE ASIGNACIÓN RETIRO SOLDADO PROFESIONAL / LIQUIDACIÓN DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD/ SUBSIDIO FAMILIAR EN UN 70% / PRIMA DE NAVIDAD
DECISIÓN:	CONFIRMA PARCIALMENTE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra del fallo de primera instancia proferido en audiencia el 27 de septiembre de 2016, mediante el cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del C.P.A.C.A, el señor **Whilton José Oquendo Pacheco** formuló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se accedan a las pretensiones y condenas que se transcriben *in extenso*:

*“1º. Que se declare la nulidad del **OF 38829 del 2015-10-27**, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negó: **1) El incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro; 2) La re liquidación de la asignación de retiro sin afectar o tomar dos veces porcentaje a la partida de antigüedad; 3) La inclusión del subsidio familiar en el 70%; 4) La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; al Soldado***

Profesional (r) **WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, en la asignación de retiro.

2º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, teniendo en cuenta **un 20% adicional**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

3º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **LUIS WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, con la **correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes**, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004.

4º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer el **subsidio familiar en un 70%**, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **LUIS WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

5º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a tener en cuenta la **duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro**, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) **WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

6º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, al reconocimiento y pago, hasta que se haga efectivo en la asignación de retiro, a favor del Soldado Profesional (r) **WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**, el valor sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al IPC al momento del pago, liquidadas mes a mes.

7º. Que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del Abogado que representa al Soldado Profesional (r) **WHILTON JOSE OQUENDO PACHECO CC 15.613.302**.”

## 1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

- Señaló la demanda que el señor **Whilton José Oquendo Pachecho** ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario antes del 31 de diciembre de 2000, devengando el salario, primas y prestaciones sociales con base en un salario mínimo aumentado en un 60%.

- Manifestó que el 20 de octubre de 2003, mediante Orden Administrativa 1175 se realizó el cambio de denominación de Soldados Voluntarios a Soldados Profesionales, ostentando el demandante tal calidad a partir del 1º de noviembre de 2003, sin embargo su sueldo básico fue disminuido a un salario mínimo aumentado en un 40%.
- Adujo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al actor mediante **Resolución No. 228 de 17 de marzo de 2015**, liquidando la misma, teniendo en cuenta el sueldo básico equivalente a un salario mínimo aumentado en un 40%, afectando las partidas del subsidio familiar y la prima de antigüedad, esta última que a su vez fue estimada en un 70% del 38,5% que debía reconocerse.
- Indicó que la entidad demandada reconoció el subsidio familiar en un 30% del valor reconocido en actividad.
- Expresó que mediante petición radicada ante la entidad demandada el **21 de mayo de 2015**, el demandante solicitó la inclusión del 20% adicional del sueldo básico, con incidencia en la asignación de retiro, la no afectación de la prima de antigüedad con el 70% y la inclusión como partidas computables del subsidio familiar en un 70% y la 1/12 parte de la prima de navidad.
- Indicó que la entidad demandada en **Oficio No. 38829 de 10 de junio de 2015**, negó la petición radicada el **21 de mayo de 2015**.

### 1.3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Endilgó que en virtud de lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 el demandante se incorporó como soldado voluntario, en donde percibía una bonificación equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60% y otras prestaciones como la prima de navidad, sin embargo para el año 2000 el Ejecutivo investido de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares, expidió el Decreto 1793 de 2000, en donde creó el régimen de carrera de los Soldados Profesionales, dejando claro el respeto por los derechos adquiridos a quienes se hubieran vinculado con anterioridad a dicha disposición y manifestaran su deseo de pertenecer a ese nuevo personal.

Aseveró, que a su vez se expidió el Decreto 1794 de 2000 en donde su artículo 1º consagró lo atinente a la asignación básica, estimándola en un salario mínimo aumentado en un 40% pero en su inciso segundo precisó que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraba como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”*.

Sin embargo, al ser vinculado el demandante como Soldado Profesional, de forma unilateral, para el mes de noviembre de 2003 su asignación básica se vio disminuida

en un 20%, pues le fue cancelada su mensualidad en monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, vulnerando así sus derechos adquiridos y desmejorando las prestaciones sociales.

Para reforzar su argumento, citó pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos.

De igual forma manifestó, que al momento del reconocimiento de la asignación de retiro se liquidó dicha prestación sin tener en cuenta en su integridad lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues se estimó la asignación básica en un salario mínimo aumentado en un 40% y además, se afectó con el 70% la prima de antigüedad.

Finalmente expresó que en la asignación de retiro no se tuvo en cuenta que el subsidio familiar debió reconocerse en un 70% del monto que venía devengando en actividad y adicionalmente incluir como partida computable la 1/12 parte de la prima de navidad, la cual fue pagada de forma periódica conforme al Decreto 1794 de 2000, razón por la cual, solicita se inaplique el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia sea incluida, pues no se justifica dicho trata discriminatorio.

## **2. CONTESTACIÓN**

### **2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

En escrito que obra a folio 49 – 54 del plenario, la entidad demandada contestó la demanda en el sentido de señalar que la asignación de retiro fue reconocida conforme las normas legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y teniendo en cuenta lo señalado en la hoja de servicios.

Señaló que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 las partidas que se deben incluir en la asignación de retiro son el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, así como también la prima de antigüedad en un 38,5% que de acuerdo con el artículo 16 se estima en un 70% de la suma entre estos dos emolumentos.

A continuación afirmó que en atención a lo previsto en las normas que regulan la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, se deben incluir solamente las estimadas en ella, pues no se puede desconocer el tenor literal del párrafo del artículo 13, que prohíbe la inclusión de prestaciones o primas que no señale el legislador como partidas computables.

Finalmente afirmó que no existe ninguna causal de nulidad configurada y solicitó la no condena en costas.

### **2.2. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

En virtud de la vinculación por parte del juzgado de primera instancia, el Ministerio de Defensa Nacional en escrito que obra a folio 71 – 75, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que lo solicitado en el presente asunto era la reliquidación de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, establecimiento con personería jurídica que se encarga de tales actuaciones.

### **3. AUDIENCIA INICIAL Y FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

En audiencia inicial realizada el 27 de septiembre de 2016 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, agotó todas las etapas descritas en el artículo 180 del C.P.A.C.A, en la cual se destaca la declaratoria de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional y la prescindencia de la etapa probatoria, dando lugar a los apoderados de las partes para que alegaran de conclusión. Agotado lo anterior, el *a quo* procedió a dictar fallo en donde accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (CD, fl. 115A):

Respecto del reajuste de la asignación básica en la asignación de retiro, estimó que si bien el Decreto 1794 de 2000 en el primer inciso del artículo 1º previó dicha prestación en un salario mínimo aumentado en un 40%, a renglón seguido precisa que quienes a 31 de diciembre de 2000, tuvieran la calidad de soldado voluntario devengarían mensualmente la suma equivalente a un salario mínimo aumentado en un 60%, y en esas condiciones, se debió aplicar ese régimen de transición que la entidad demandada ignoró.

En cuanto a la liquidación del subsidio familiar en cuantía del 70%, manifestó que en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1162 de 2014 la cuantía de tal prestación en la asignación de retiro corresponde al 30% del valor que venía devengando en actividad, razón por la cual denegó tal pretensión.

Respecto a la inclusión como partida computable de la prima de navidad, adujo que existe una discriminación negativa en relación con los soldados profesionales que resulta injustificable, debido a que no se entiende como los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tienen tal prestación como partida computable y se excluye a los que tienen menor jerarquía, agravando su situación, que vale señalar, es la más débil dentro de la estructura piramidal este cuerpo uniformado.

En consecuencia, concluyó que al demandante le asistía derecho a que la asignación de retiro le fuera liquidada con el 70% de la asignación básica, que debía estar determinada en un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%, y que realizado lo anterior, le fuera incluida la prima de antigüedad en un 38,5%, y la prima de navidad en una 1/12 parte. Por lo anterior, ordenó el pago de las diferencias a partir del 15 de mayo de 2015, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la entidad demandada.

## **4. RECURSO DE APELACIÓN**

### **4.1. PARTE ACTORA**

En escrito que obra a folios 116 – 118 presentó apelación parcial de la decisión de primera instancia, pues consideró que el subsidio familiar debe estimarse en un 70% en atención a que no se justifica que en el Decreto 1162 de 2014 se determine que para el demandante tal prestación debe estar estimada en un 30% y en el Decreto 1161 de 2014 se reconozca el mismo en un 70%, cuando en ambos casos se habla de soldados profesionales.

### **4.2. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Oportunamente la entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, teniendo en cuenta los argumentos que a continuación se sintetizan (fls. 119 – 127):

En relación con el incremento del sueldo mensual en un 20% y su consecuente liquidación en la asignación de retiro, indicó que el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es claro en señalar que dicha partida se tiene en cuenta conforme el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que no es otro que un salario mínimo aumentado en un 40%.

Adicionalmente insistió en que la entidad que representa no está facultada para apartarse del tenor literal de la norma vigente aplicable que no es otro que liquidar la asignación de retiro con el 70% de la asignación básica y la prima de antigüedad equivalente en un 38,5%.

Finalmente manifestó que no existe fundamento para incluir como partida computable la prima de navidad, como quiera que el artículo 13 de la disposición precitada es clara en indicar que no se pueden tener en cuenta otras partidas que el legislador no prevea, así como también que no se condenara en costas.

## **II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **1. TRÁMITE**

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así: a través de auto de 6 de marzo de 2017 el Tribunal admitió el recurso de apelación (fl. 143) y posteriormente, mediante providencia de 29 del mismo mes y año, ordenó correr traslado a las

partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido este, al Ministerio Público para efectos de emitir el respectivo concepto (fl. 146).

Previo a resolver el fondo del asunto, la Sala mediante auto de 8 de septiembre de 2017 (fl. 155 vto.), requirió a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que allegara certificación en la cual se indicara la fórmula de liquidación de la asignación de retiro del señor **Whilton José Oquendo Pacheco**, a efectos de verificar si su monto fue estimado en debida forma.

La documental solicitada fue aportada el 30 de octubre de 2017, tal como dan cuenta los folios 159 – 160 y en consecuencia, en aras de salvaguardar el debido proceso, en auto de 13 de diciembre de 2017 (fl. 1162) se ordenó correr traslado a la parte actora, para que en un término de 3 días se pronunciara al respecto, sin embargo, precluido dicho periodo, no hubo pronunciamiento alguno.

## **2. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

### **2.1. ALEGATOS PARTE ACTORA**

En escrito que obra a folios 148 – 153 respecto del reajuste del 20% del sueldo básico para efectos de liquidar su asignación de retiro, adujo que la entidad demandada desistió de ese recurso, razón por la cual no habría lugar a pronunciarse respecto de tal tema.

Seguidamente, frente a la prima de antigüedad manifestó que dicha prestación fue afectada dos veces por la entidad demandada en la medida que al 38,5% que devengaba en actividad, se le aplicó el 70% que solamente hace referencia a la asignación básica, contrariando lo señalado por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sede de tutela en contra de providencia judiciales.

Respecto a la liquidación del subsidio familiar, expresó que la decisión del juez de primera instancia de negar tal pretensión trasgrede el principio de igualdad pues el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 consagró que para los Soldados Profesionales que tengan reconocido tal prestación a partir del julio de 2014, se les tiene en cuenta como partida computable en un porcentaje del 70%, discriminando al demandante, toda vez que su inclusión tuvo lugar en un 30%.

En relación con la inclusión de la prima de navidad como partida computable, manifestó que la decisión del juzgado de primera instancia se encontraba conforme a derecho, en la medida que dicha prestación es tenida en cuenta para efectos prestacionales a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, pero excluida a los Soldados Profesionales que también la devengan, razón por la cual atendiendo al principio de igualdad afirmó que por vía de inconstitucionalidad se debe inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Adicionalmente indicó que tal emolumento constituye salario y en esa condición debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro. Sustentó su argumento en sentencias emitidas por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en las Subsecciones “D” y “E”, proferidas el 21 de abril y 24 de noviembre de 2016, respectivamente.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

#### **1. COMPETENCIA.**

De conformidad a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, por lo que procede a resolver de fondo.

Surtidas a cabalidad las etapas procesales de esta instancia y al establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, resulta procedente dirimir la misma y proferir decisión de fondo.

#### **2. CUESTIÓN PREVIA**

Previo a resolver el fondo del asunto, la Sala considera pertinente precisar sobre el objeto de estudio que convoca a esta Colegiatura.

Para ello se indica que en el presente asunto el demandante solicitó la reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta *i)* la asignación básica en un salario mínimo aumentado en un 60%, *ii)* la correcta liquidación de la prima de antigüedad en dicha prestación, esto es, sin ninguna deducción, *iii)* la liquidación del subsidio familiar en un monto del 70% y *iv)* la inclusión como partida computable de la 1/12 parte de la prima de navidad.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues negó solamente lo relacionado al monto del subsidio familiar.

La entidad demandada por su parte interpuso recurso de apelación en relación con la reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta el sueldo básico en un salario mínimo aumentado en un 60%, la correcta liquidación de la prima de antigüedad en dicha prestación y la inclusión de la prima de navidad como partida computable y el demandante hizo lo propio respecto del subsidio familiar.

Sin embargo, en la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4 del artículo 192 del C.P.A.C.A, el apoderado de la entidad demandada desistió del recurso de

apelación en lo atinente al sueldo básico estimado en la asignación de retiro un salario mínimo aumentado en un 60%, razón por la cual el objeto de estudio en esta oportunidad se circunscribe al reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta *i)* la prima de antigüedad en un 38,5%, esto es, sin ninguna deducción, *ii)* la liquidación del subsidio familiar en un monto del 70% y *iii)* la inclusión como partida computable de la 1/12 parte de la prima de navidad.

### 3. PROBLEMA JURÍDICO

Precisado lo anterior, en el caso de autos se procederá a determinar si al demandante en su calidad de **Soldado Profesional ® del Ejército Nacional** le asiste derecho a que la asignación de retiro sea reajustada teniendo en cuenta los valores de las partidas contenidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, la asignación básica en un 70% y la prima de antigüedad en un 38,5%, sin lugar a ninguna deducción para esta última.

De igual forma, se debe analizar si para efectos de liquidar dicha prestación, el subsidio familiar debe incluirse en un monto del 70% del total que venía devengando en actividad.

Así mismo se analizará, si por vía de excepción de inconstitucionalidad resulta procedente inaplicar el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 e incluir como partida computable de la asignación de retiro la prima de navidad en un 1/12 parte.

### 4. TESIS DE LA SALA

La Sala considera que teniendo en cuenta el principio de favorabilidad y el espíritu del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la liquidación de la asignación de retiro para el personal de Soldados o Infantes de Marina Profesionales, la prima de antigüedad se debe adicionar al 70% de la asignación básica y no afectarla con ese porcentaje, en la medida que una interpretación contraria, resulta gravosa para los derechos laborales del actor.

Sin embargo, en cuanto a la liquidación del subsidio familiar en un monto del 70% en el presente asunto no resulta procedente, en la medida que el reconocimiento de la asignación de retiro tuvo lugar después del julio de 2014, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 dicha partida computable se calcula en un 30%, del valor que venía devengando en actividad en virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Así mismo, en relación con la inclusión de la prima de navidad como partida computable debe señalarse que no resulta procedente en la medida que dentro de la libertad de configuración que tiene el legislador, podía incluir prestaciones y excluir otras, sin que esa situación implique una trasgresión al derecho a la igualdad,

en atención a que los Soldados Profesionales no se encuentran en la misma situación fáctica de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

En esas condiciones, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

## 5. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTA LA TESIS

### 5.1. LIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO SOLDADOS PROFESIONALES

Con la expedición del Decreto No. 1793 de 2000 “*por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, se dispuso, además de las reglas de incorporación a ese personal, el régimen pensional previsto en el artículo 39, que en su párrafo 1º indicó que “**el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad**”<sup>1</sup>.

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 4433 de 2004<sup>2</sup>, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y en consecuencia, en su artículo 13 dispuso como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales las siguientes:

*“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

*(...)*

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

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

De igual forma, el artículo 16 del estatuto en mención señaló el monto de dicha prestación en un 70% del salario mensual en un salario mínimo aumentado en un

<sup>1</sup> “ARTÍCULO 39. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto **se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.**

*El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.*

*Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 1.** Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se **entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.**

*PARÁGRAFO 2.* Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte.” (Resaltado fuera de texto)

<sup>2</sup> Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y **40 del Decreto-ley 1793 de 2000.**

40% “adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”<sup>3</sup>

En virtud de lo anterior, el artículo 18 previó los aportes que deben realizar los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre las partidas computables de asignación básica y prima de antigüedad, indicando en atención a esta última el porcentaje de liquidación en estos términos:

*“Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

*(...)*

***El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:***

*(...)*

***18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.” (Resaltado fuera de texto)***

Como se observa, los soldados profesionales retirados en vigencia del Decreto 4433 de 2004 tienen derecho a que le sea reconocida asignación de retiro en un porcentaje del 70% de la asignación básica y a ese monto adicionarle la prima de antigüedad que se liquida en un 38,5%, máxime si se tiene en cuenta que sobre dicho emolumento realiza sus respectivos aportes.

En relación con el tema objeto de análisis, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 9 de marzo de 2017, expediente No. 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14), Consejero Ponente: William Hernández Gómez, luego de analizar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consideró:

*“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.*

***Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.***

<sup>3</sup> ***“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 fuera de texto)***

(...)

**En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.**

**Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico (smlmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.**

**En conclusión:** En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mínimo legal mensual vigente +60% +38.5% de la prima de antigüedad, **cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** (Resaltado y subrayado fuera de texto)

En esas condiciones, la Sala colige que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es claro en señalar que la liquidación de la asignación de retiro se determina en un 70% de la asignación básica (que se entiende en un salario mínimo aumentado en un 60%), más la prima de antigüedad estimada en un 38,5%, que en todo caso no debe estar sometida a ninguna deducción.

## 5.2. DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE

Como antecedentes normativos, conviene mencionar que la Ley 2ª de 19 de febrero de 1945<sup>4</sup>, estableció en su artículo 73 una prestación denominada “prima mensual de alojamiento”, la cual se reconoció a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que estuvieran casados o viudos y que a su vez tuvieran hijos que dependieran económicamente de ellos. Posteriormente, a través de los Decretos Nos. 3220 de 9 de diciembre de 1953<sup>5</sup> y 501 de 1º de marzo de 1955<sup>6</sup> dicha prestación fue reconocida también a los miembros retirados – oficiales y suboficiales – y a partir del Decreto 325 de 1959 fue denominado “subsidio familiar”.

La Ley 21 de 1982<sup>7</sup>, en el artículo 1º definió dicha prestación, en los siguientes términos:

<sup>4</sup> “Por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan las prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa”. Publicada en el Diario Oficial No. 25.772, de veintiuno (21) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

<sup>5</sup> “Por el cual se organiza la carrera de los oficiales de las Fuerzas Militares”

<sup>6</sup> “Por medio del cual se reorganiza la carrera profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional”

<sup>7</sup> “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”

**“Artículo 1º.** *El subsidio familiar es 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.*

**Parágrafo.** *Para la reglamentaron, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

Ahora bien, en relación con los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el Decreto No. 1794 de 2000 “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en el artículo 11 estimó:

**“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR.** *A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

Lo anterior significa, que el subsidio familiar se reconoce siempre y cuando ese personal se encuentre casado o con unión marital de hecho vigente, en un porcentaje del 4% de la asignación básica, más la prima de antigüedad estimada hasta en un 58,5%, pues respecto este último emolumento, el artículo 2º en su tenor literal dispone:

**“ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.** *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, **sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).**”*

De acuerdo a lo hasta aquí señalado, considera la Sala que el subsidio familiar es una prestación que está destinada a brindar apoyo a las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, que para el caso de los Soldados Profesionales en servicio activo, está determinado hasta en un 62,5%, como se dijo en precedencia.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 fue derogado por el Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009<sup>8</sup>, sin embargo, en su parágrafo primero precisó que “*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*”.

<sup>8</sup> “Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”

Posteriormente, mediante el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014<sup>9</sup> – publicado en el Diario Oficial No. 49.193 de 25 de junio de 2014 – dicha prestación fue reconocida a los Soldados e Infantes de Marina en servicio activo **“que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009”**, determinando su monto máximo en un 26%, distribuido así (artículo 1º):

- Un 20% para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, casados, con unión marital de hecho o viudos que tengan a su cargo hijos, y
- Un 3% adicional por el primer hijo, un 2% más por el segundo hijo y un (1%) más por el tercer hijo.

Adicionalmente, en el artículo 5º determinó que los Soldados que se retiren a partir del 1º julio de 2014 tienen derecho a que en su asignación de retiro se incluya como partida computable el subsidio familiar en un porcentaje del 70% del que venían devengando, veamos:

**“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”** (Resaltado y subrayado fuera de texto)

De igual forma, a través del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 **“Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”**<sup>10</sup>, se incluyó como partida computable el subsidio familiar percibido por los Soldados Profesionales que tuvieran reconocido dicha prestación en los términos de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>11</sup>, determinando su monto en un 30% del total que venía devengando en actividad, tal como se observa en el artículo 1º que estableció:

**“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.”** (Resaltado y subrayado fuera de texto)

<sup>9</sup> “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”

<sup>10</sup> Publicado Diario Oficial No. 49.193 de 25 de junio de 2014

<sup>11</sup> “Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

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

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

De lo hasta aquí expuesto, entiende la Sala que a partir del 1º de julio de 2014 el **subsidio familiar** es considerado como partida computable de la asignación de retiro, y su liquidación se determina en 30% o 70%, dependiendo de las siguientes circunstancias:

- En un 30% de lo devengado en actividad – sobre el 62,5% – para quienes les fue reconocido el subsidio familiar conforme los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.
- En un 70% de lo devengado en actividad – sobre el 26% – para quienes le fue creado el subsidio familiar en los términos previstos en el Decreto 1161 de 2014.

Ahora bien, es del caso precisar que antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 – 25 de julio de 2014 –, para efectos de liquidar la asignación de retiro ese emolumento no fue tenido en cuenta por el Presidente de la República como partida computable, toda vez que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, numeral 13.2, determinó como tales i) “*el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000*” y ii) “*la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto*”, situación que dio lugar a que el Consejo de Estado en sede de tutela ordenara su inclusión en la liquidación de la prestación de retiro, tal como ocurrió en providencias de la Sección Segunda-Subsección “B” de fecha 17 de octubre de 2013, expediente No. 11001031500020130182100, Magistrada Ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez, en donde concluyó que “*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*”, cuya tesis fue ratificada por la Subsección “A” de la misma Sección en pronunciamiento calendado el 27 de octubre de 2016, en donde al resolver un recurso de apelación consideró:

*“En este sentido, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013 en relación con la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, por aplicación del principio de igualdad. Sobre el particular, la Corporación indicó:*

*‘El derecho a la igualdad:*

*‘(...)’*

*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 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. (Negritas de la Sala).'**

Siguendo los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que, si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial.<sup>12</sup>(Resaltado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, esta Subsección colige que para los retirados con anterioridad a 1º de julio de 2014, el personal vinculado como Soldado Profesional tiene derecho a que le sea reconocido la prestación denominada “subsidio familiar” en los términos previstos en el Decreto 1794 de 2000, no obstante, este solamente se percibe mientras se encuentre en servicio activo, habida cuenta que una vez se efectúe su retiro, el monto de la asignación de retiro se calcula teniendo en cuenta únicamente las partidas señaladas en el artículo 13, numeral 13.2., del Decreto 4433 de 2004, las cuales corresponden, al salario mensual y la prima de antigüedad.

Ante dicha situación, esta Sala de Decisión atendiendo el mandato previsto en el artículo 4º de la Carta Política, considera que no existe justificación constitucionalmente válida para que los Soldados Profesionales, que entre otras cosas, perciben una asignación menor en comparación a los demás miembros de las Fuerzas Militares, no le sea computada en su asignación de retiro el subsidio familiar, pues se vulnera el derecho a la igualdad respecto de los Oficiales y Suboficiales quienes además tienen reconocido dicho factor.

Lo anterior, guarda relación con la finalidad por la cual fue creado dicho emolumento, toda vez que desde sus orígenes tanto en el régimen especial como en el general, lo han catalogado como una prestación dirigida a menguar o ayudar a los empleados con menos ingresos que deben solventar los gastos que genera el mantenimiento de una familia como núcleo esencial de sociedad, y en esa medida, no existe razón jurídica suficiente para que los Soldados Profesionales, que se encuentran categorizados en la base de la estructura militar, sean los únicos excluidos de ese beneficio prestacional en su asignación de retiro, máxime, si de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, incluye esa prestación como

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A”. Sentencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Expediente No. 250002342000201300143-01 (3663-2014). C.P.: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

factor de liquidación en la asignación de retiro, para los demás Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares<sup>13</sup>.

En consecuencia, a fin de garantizar la armonía de las normas con la Constitución Política y garantizar el derecho a la igualdad, se inaplicará por excepción de inconstitucionalidad el párrafo 1º, numeral 13.2 del artículo 13, así como también el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en atención a que no existe justificación válida para que ningún soldado profesional tenga derecho a la imputación de dicha partida, máxime cuando el espíritu de la norma que creó el subsidio familiar, fue la de proteger a los empleados de menores ingresos (Ley 21 de 1982).

### 5.3. DE LA PRIMA DE NAVIDAD COMO PARTIDA COMPUTABLE

En cuanto a la prima de navidad para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el Decreto No. 1794 de 2000 “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en el artículo 5 estimó:

*“ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.*

*PARÁGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.” (Subrayado fuera de texto)*

Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004 “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*” en artículo 13, numeral 13.2 dispuso como partidas computables: i) “*el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000*” y ii) “*la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto*”, advirtiendo en su párrafo lo siguiente:

*“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.”*

Es del caso precisar que en virtud de lo dispuesto en los Decretos 1161 y 1162 de 2014 se incluyó como factor de liquidación el subsidio familiar – artículos 5 y 1

<sup>13</sup> “**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.

(...)

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

respectivamente –, razón por la cual, para quienes se les reconozca asignación de retiro a partir del mes de julio de 2014, además de las partidas enunciadas anteriormente, se debe tener en cuenta dicha prestación.

De esta manera, tenemos que la prima de navidad la perciben los Soldados Profesionales en servicio activo en un monto del 50% del sueldo básico más la prima de antigüedad, que como se dijo anteriormente se estima máximo en un 38,5%, no obstante, fue excluida como partida computable, tal como se observa del contenido de las normas precitadas, quedando prohibida su inclusión para estos efectos, en la medida que el parágrafo del artículo 13 es claro en señalar que además de las partidas descritas en el numeral 13.2 para este personal, no pueden incluirse otras.

## 6. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- Copia de la Hoja de Servicios del señor **Whilton José Oquendo Pacheco**, en donde se indica que prestó sus servicios en los siguientes grados y periodos (folios 58 vto. – 59):

DENOMINACIÓN	DESDE	HASTA	TIEMPO
Servicio Militar	01/12/1993	24/06/1995	1 año, 6 meses y 23 días
Soldado Voluntario	15/04/1996	31/10/2003	7 años, 6 meses y 16 días
Soldado Profesional	01/11/2003	15/05/2015 <sup>14</sup>	11 años y 6 meses

En dicho documento se indica que al demandante le fue reconocido el subsidio familiar a partir del 30 de julio de 2008.

- Copia de la **Resolución No. 2280 de 17 de marzo de 2015**, por medio del cual el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro al demandante, en cuantía del **70%** del salario mensual en los términos del primer inciso del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 – un salario mínimo aumentado en un 40% –, adicionado en un **38,5%** por concepto de prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el subsidio familiar estimado en un 30% del valor que devengó en actividad, con efectividad a partir del **14 de mayo de 2015** (folios 63 – 64 vto.).
- Copia del derecho de petición radicado por el señor **Whilton José Oquendo Pacheco** el **21 de mayo de 2015** ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde solicita, el reajuste de la asignación de retiro conforme a lo establecido en los artículos 16 y 13.2.1. del Decreto 4433 de 2004, el reajuste de la asignación básica en un 20%, así como también la inclusión como partidas computables del subsidio familiar en un 70% de la asignación básica y la 1/12 parte de la prima de navidad (folios 7 – 9).

<sup>14</sup> Fecha en la cual culminaron los 3 meses de alta.

- Copia del **Oficio CREMIL 46255, consecutivo 2015-38829 de 10 de junio de 2015**, a través del cual el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la entidad demandada, negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro, por considerar que la asignación de retiro fue liquidada conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y además que las partidas computables habían sido incluidas de conformidad con la normativa aplicable (folio 10 vto.).
- Liquidación de la asignación de retiro suscrita por el Coordinador Grupo de Nómina y Embargos de CREMIL, en el cual se indica que dicha prestación fue estimada de acuerdo a los siguientes porcentajes y partidas computables (folio 160):

DESCRIPCIÓN	%	VALOR
<b>SUELDO BÁSICO (SMLVx40%) AÑO 2017</b>		\$1.032.804,00
<b>%LIQUIDACIÓN</b>	<b>70%</b>	<b>\$722.963,00</b>
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (\$722.963*38,5%)	<b>38,5%</b>	\$278.341,00
<b>SUBTOTAL</b>		<b>\$935.797,00</b>
MAS SUBSIDIO FAMILIAR (D.1162/2014 (4%*1.032.804) + (\$604.190)*30%		\$193.651,00
<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>		<b>\$1.194.955,00</b>

## 7. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, tenemos que la parte actora además de la nulidad del acto demandado, solicita la liquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta el sueldo básico estimado en un salario mínimo mensual legal vigente aumentado en un 60%, así como también el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta la prima de antigüedad en un porcentaje del 38,5%, sin ninguna afectación, el subsidio familiar en un 70% y la inclusión como partida computable de la prima de navidad.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y ordenó reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta como sueldo básico un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%, la prima de antigüedad sin afectación del 70%, ordenando la inclusión como partida computable de la prima de navidad en un 1/12 parte y negando la liquidación del subsidio familiar en un 70%.

La decisión anterior fue apelada por las partes, sin embargo tal como se indicó en la cuestión previa de esta providencia, al desistir la entidad del recurso de apelación presentado en cuenta al reajuste del sueldo básico, la Sala advierte que el estudio del presente se suscribirá a verificar si al demandante le asiste derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada teniendo en cuenta *i)* la prima de antigüedad un 38,5%, sin ninguna deducción, así como también *ii)* si el monto del subsidio familiar debe estimarse en un 70% del total que venía devengando en actividad y *iii)* si

resulta procedente la inclusión como partida computable de la 1/12 parte de la prima de navidad.

1. Bajo estos presupuestos, se analizará en primer término si la asignación de retiro debe ser reajustada teniendo en cuenta la prima de antigüedad sin ninguna afectación.

Para ello, se encuentra demostrado que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció dicha prestación, mediante **Resolución No. 2280 de 17 de marzo de 2015**, en la cual se precisó que su cuantía se determinaba con el 70% del salario mensual, adicionado con un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, empero, se verifica que al momento de liquidar la prestación en comento, la entidad demandada determinó la prima de antigüedad con el 70% de la asignación básica, pues así se evidencia de la liquidación de la asignación de retiro suscrita por el Coordinador Grupo de Nómina y Embargos de la entidad demandada (fl. 160).

En ese sentido, advierte la Sala que de acuerdo a lo señalado en el marco normativo citado líneas arriba, es claro que la disposición que fija el monto de la asignación de retiro no se refiere como erradamente lo manifiesta la entidad demandada, a un 70% del total de las partidas computables – asignación básica y prima de antigüedad –, sino que dicho porcentaje se debe aplicar exclusivamente a la asignación salarial mensual, y no a la prima de antigüedad dado que el verbo empleado por el legislador en dicha disposición – artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 – es “adicionar” y en esas condiciones, su intención no es otra, que la de agregar su monto al primer porcentaje – 70% de la asignación básica –, tal como lo indicó el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante.

La anterior tesis ha sido acogida por el Consejo de Estado en la sentencia de 9 de marzo de 2017, en donde al analizar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, concluyó que *“es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mínimo legal mensual vigente +60% +38.5% de la prima de antigüedad, cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”*<sup>15</sup>.

Así las cosas, la decisión del Juez de primera instancia en relación con la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, se encuentra acorde con la intención del legislador y el respeto por los derechos laborales del actor, de tal manera que también, se despachará de forma desfavorable el recurso de apelación de la entidad demandada en ese sentido.

---

<sup>15</sup>Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección “A”. Sentencia de 9 de marzo de 2017. Expediente No. 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

2. Por otra parte, respecto de la liquidación del subsidio familiar se encuentra demostrado que la entidad incluyó dicha prestación como partida computable en cuantía del 30% del total que venía devengando en actividad, que se traduce en un 62,5%, pues de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, su monto estaba determinado por la suma entre el 4% de la asignación básica, más la prima de antigüedad que ascendía hasta un 58,5%<sup>16</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en el marco jurídico de esta providencia entiende la Sala que a partir del 1º de julio de 2014 el **subsidio familiar** es considerado como partida computable de la asignación de retiro, y su liquidación se determina en 30% o 70%, dependiendo de las siguientes circunstancias:

- En un 30% de lo devengado en actividad – sobre el 62,5% – para quienes les fue reconocido el subsidio familiar conforme los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.
- En un 70% de lo devengado en actividad – sobre el 26% – para quienes le fue creado el subsidio familiar en los términos previstos en el Decreto 1161 de 2014.

En razón a lo anterior, se encuentra demostrado que al actor le fue pagado el subsidio familiar en un 62,5%, a partir del 3 de junio de 2008, pues así se evidencia del contenido de la Hoja de Servicios – suma entre 4% de la asignación básica y el 58,5% de la prima de antigüedad –, y en tal sentido, como quiera que el reconocimiento de la pensión tuvo lugar a partir del **15 de mayo de 2015 – Resolución No. 2280 de 17 de marzo de 2015** –, esto es, en vigencia el Decreto 1162 de 2014, la liquidación en la prestación de retiro correspondía a un 30% de lo devengado en actividad, tal como lo realizó la entidad demandada, pues el 70% solamente se aplica para aquellos Soldados que les fue cancelado tal emolumento en los términos del Decreto 1161 de 2014 – Art. 1º, par. 1 –, es decir, en un monto máximo de 26%, que vale decir no es el caso del actor.

Así las cosas, no le asiste razón en los argumentos expuestos por el demandante y en consecuencia habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que negó la reliquidación de dicha partida en un 70%.

3. En cuanto a la inclusión de la prima de navidad como partida computable, habrá de señalar que la Sala en oportunidades anteriores se ha pronunciado al respecto exponiendo los siguientes argumentos:

En sentencia de 27 de julio de 2017, dentro del proceso radicado bajo el No. 1100133350212015-00657-01<sup>17</sup>, se indicó que el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, prohíbe de forma expresa tener en cuenta emolumentos que tal disposición no determine, pues así se deduce de su tenor literal el cual señala que *“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán*

---

<sup>16</sup> Según valores descritos en la hoja de servicio que obra a folio 81 vto.

<sup>17</sup> Magistrado Ponente: Jaime Alberto Galeano Garzón

*computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”*

Adicionalmente, al margen de la discusión de si la prima de navidad es una prestación periódica y por tanto constituye salario, se debe precisar que dicha condición no es suficiente para ordenar su inclusión en la base de liquidación de la asignación de retiro del actor, pues como bien lo ha señalado el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección “A” en sentencia de 30 de marzo de 2006, expediente No. 25000-2325-000-2002-11159-01 (3373-04), con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero *“Ello no significa que la unidad de medida para liquidar todos los derechos laborales de orden prestacional o indemnizatorio deba ser el salario. Bien puede una norma jurídica expedida por autoridad competente, definir una unidad de medida diferente al salario para tasar tales derechos, lo que ocurre cuando la norma define los factores que se deben computar para liquidar un determinado derecho laboral.”*

Luego entonces, para la Sala resulta claro que el legislador dentro de su amplio margen de competencia podía excluir dicha prestación como partida computable y en consecuencia, dicha consideración bastaría para negar las pretensiones de la demanda en este sentido.

Empero, el señor **Oquendo Pacheco** solicita la inaplicación de la norma enunciada en precedencia, en razón al principio de igualdad pues afirma que no existe justificación válida para que otros miembros de las Fuerzas Militares, como los Oficiales y Suboficiales, tengan la prima de navidad como partida computable, y se excluya para los mismos efectos a los Soldados Profesional.

Para el efecto, se transcriben las consideraciones que la sentencia de 27 de julio de 2017, ya referida, adujo en relación con esa argumentación, veamos:

*“Las etapas del juicio integrado de igualdad pretenden establecer si los sujetos de derecho y supuesto de hecho son comparables, circunstancia que no se presenta en el sub iudice, **pues si bien tanto soldados profesionales, como oficiales y suboficiales pertenecen a las Fuerzas Militares, entre ellos existen evidentes elementos diferenciadores, entre los que se destaca las tareas, responsabilidades y deberes propios de su cargo.***

***Es competencia de los soldados profesionales actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público.***

*De otro lado, **los suboficiales son un mando medio con funciones de apoyo a los oficiales, quienes ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, operaciones y unidades, lo que permite establecer que no hay equivalencia entre las funciones ejercidas por unos y otros.***

*Sumado a lo anterior, **es del caso precisar que los oficiales y suboficiales tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, evidentemente mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad, circunstancias que a su vez se ven reflejadas en un asignación básica, primas y demás prestaciones devengadas.***

*Es decir, estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor caprichosamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente, obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables.” (Resaltado fuera de texto)*

Así mismo en decisión de 28 de marzo de 2017, expediente No. 2530733330012015-00025-01<sup>18</sup> esta Colegiatura en relación con el principio de igualdad, estimó:

*“De otra parte, debe decirse que el trato desigual en situaciones fácticas distintas no es violatorio del derecho a la igualdad, pues para establecer tal situación, deben confluir ciertas circunstancias que efectivamente denoten la discriminación impartida entre iguales como (i) “que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho”, (ii) “que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales”, (iii) “que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna” y (iv) “que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad”.*

*Sobre el primero de los enunciados, se afirma que en efecto, los soldados profesionales e infantes profesionales, los Suboficiales y Oficiales, **si bien pertenecen a un mismo grupo –La Fuerza Pública-, al interior de ellos es dable hacer la diferenciación, como quiera que a cada uno se le endilgan tareas, responsabilidades y deberes diferentes, ya que los primeros, sólo ejecutan las decisiones de sus superiores, mientras que, por su parte, a los segundos les corresponde las funciones de apoyo a los Oficiales, y éstos a su vez, ejercen el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones y de las unidades, todo lo cual demuestra que la distinción predicada entre los soldados profesionales, infantes profesionales y los Oficiales y Suboficiales, no obedece a arbitrariedad, ni capricho alguno, resultando completamente válida.***

*Así las cosas, **encuentra la Sala que si bien es cierto todos pertenecen a la fuerza pública no lo están bajo las mismas condiciones**, toda vez que, no es justificable el solo hecho de que por pertenecer a un mismo grupo, se les deba tratar por igual, ya que la igualdad solo se predica entre iguales, lo cual en este caso se vislumbra que no sería procedente, **ya que en primer lugar la forma de vinculación al ejército y las distintas etapas que tuvieron que pasar para ingresar son diferentes, las funciones que realizan no son equivalentes, además la misma ley contempla el trato que se le debe dar a cada uno dependiendo el grado que ostente**, y adicional a ello la prima de navidad es una prestación que si bien se hizo extensiva a los soldados profesionales, se hizo en pro de compensarlos por el servicio prestado, y es evidente que cuando pasan a percibir la asignación de retiro ya no estarían prestando ningún servicio, lo que estarían es recibiendo una prestación a la cual tiene derecho por el retiro del servicio activo cuando cumplan con las condiciones dispuestas para ello en la ley, equiparándose a la pensión de vejez.” (Resaltado fuera de texto)*

Bajo las anteriores aseveraciones, se debe concluir que si bien tanto soldado profesionales como oficiales y suboficiales hacen parte de las Fuerzas Militares, tal situación no tiene la entidad suficiente para considerarlos sujetos equiparables, en la medida que entre ellos existen elementos diferenciadores, habida cuenta que en tratándose de funciones, los primeros cuya condición ostentó el demandante,

<sup>18</sup> Magistrado Ponente: Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon

actúan en las unidades de combate ejecutando las operaciones militares que dirigen los segundos, que vale señalar ejercen actividades de mando.

Adicionalmente, el sistema de ingreso de los Soldados Profesionales es menos estricto que el dispuesto para los Oficiales y Suboficiales que al tener funciones de confianza, dirección y manejo se exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad.

Así las cosas, es claro que el demandante no se encuentra en las mismas condiciones ni desarrollan iguales funciones que las asignadas a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y en consecuencia se encuentra justificada la remuneración de cada uno de ellos, en razón al criterio descrito en el literal j) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, que dispone:

*“Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

*(...)*

*j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño*

Es del caso resaltar que este mismo análisis, fue expuesto en sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente No. 11001-03-25-000-2009-00029-00, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en donde si bien se analizó otro asunto, como lo fue la legalidad del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, al realizar el estudio de igualdad de los Agentes de la Policía – la base de la jerarquía en la Policía Nacional – frente a los Oficiales y Suboficiales de la misma institución, concluyó<sup>19</sup>:

*“En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que **todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo**. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; **así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.***

**Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.”**

En consecuencia, atendiendo los criterios señalados en precedencia concluye esta Sala de Decisión que la exclusión de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro no comporta trasgresión al derecho a la igualdad, razón por la cual, habrá de revocarse la decisión de primera instancia que accedió a esta pretensión y en su lugar, se negará, advirtiendo de paso que no puede fundamentarse la procedencia del derecho, como lo hizo el *a quo*, acudiendo a la

<sup>19</sup> Tesis ratificada en sentencia de la Sección Segunda del Consejo Estado de fecha 23 de febrero de 2017, expediente No. 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

misma tesis esgrimida para la inclusión como partida computable del subsidio familiar, pues como lo señaló la sentencia de 28 de marzo de 2017 “*su naturaleza es diferente a la de la prima de navidad*”, pues dicho emolumento está destinado al auxilio de la familia del cual hace parte el empleado con menores ingreso, que no corresponde al mismo objeto de la prima en mención.

Vale resaltar, que las consideraciones expuestas tanto en la forma de liquidación del subsidio familiar como en la negativa de la inclusión de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, constituye la postura actual de la Sala, y en tal sentido, se rectifica la adoptada en las decisiones calendadas el 24 de noviembre de 2016<sup>20</sup>, en donde se indicó lo contrario.

Luego entonces, le asiste razón al *a quo* en el sentido de ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta el salario básico en un 70%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como también negar la liquidación del subsidio familiar en un 70% de lo devengado en actividad, no así en relación con la inclusión como partida computable de la 1/12 prima de navidad, razón por la cual, se revocará la decisión en ese sentido.

En consecuencia, se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot el 27 de septiembre de 2016, pues se modificará el **ordinal 2º** en el sentido de ordenar la reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta **a)** la asignación básica que será la equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; y que **b)** Liquidado el salario básico se le aplicará el 70% y, a este se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con efectividad a partir del 15 de mayo de 2015.

De igual forma se adicionará un **inciso a dicho ordinal**, ordenando los descuentos de forma indexada sobre los valores reconocidos en virtud de la reliquidación en la asignación de retiro que se ordena.

## 8. COSTAS PROCESALES

Ahora bien, en relación con la condena en costas en segunda instancia, es del caso precisar que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A el cual señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, se tiene que de conformidad con el artículo 361 del C.G.P, estas se componen de la totalidad de i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y ii) por las agencias en derecho.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada prosperó parcialmente pues se revocará la decisión de primera

---

<sup>20</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección “E”. Expediente No. 2530733330012014-00624-01. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección “E” Expediente No. 25307333350012015-00449-01.

instancia en cuanto a la inclusión de la prima de navidad, la Sala se abstendrá de condenarla en costas en esta instancia.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN E, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, como quiera que se modificará y adicionará el **ordinal 2º** de su parte resolutive, así:

***“SEGUNDO: ORDÉNESE** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a Reliquidar la asignación de retiro del Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, WHILTON JOSÉ OQUENDO PACHECO, **teniendo en cuenta lo siguiente:** a) la asignación básica será la equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; b) Liquidado el salario básico se le aplicará el 70% y, a este se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con efectividad a partir del 15 de mayo de 2015.*

*La entidad demandada deberá descontar de forma indexada el valor de los aportes que el demandante no haya cubierto respecto al reajuste reconocido en esta sentencia.”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin lugar a condena en costas en esta instancia, conforme a los argumentos expuestos en esta providencia.

**CUARTO:** Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha.

#### NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

**PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**  
**MAGISTRADA**

**RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON**  
**MAGISTRADO**

**JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN**  
**MAGISTRADO**