

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, primero (1) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el numeral 2º del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00258-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 155

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 6605 de fecha 5 de febrero de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 14586 de fecha 9 de marzo de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante.

2.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2002, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1 DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

2.2. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE

SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.

2.3. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASÍ COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICÍA, SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se condene en COSTAS a la entidad demandada."

1.2. HECHOS.

Son los que el Despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. El 10 de julio de 1994, el señor ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO ingresó al Ejército Nacional en condición de soldado voluntario.

1.2.2. A partir del 1° de noviembre de 2003 por decisión del Ejército Nacional, el demandante y todos los soldados voluntarios pasaron a ser denominados soldados profesionales, fecha desde la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

1.2.4. Mediante Resolución No. 1932 de 11 de marzo de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL le reconoció asignación de retiro al señor ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO.

1.3. NORMAS VIOLADAS.

Invocó el demandante como normas violadas las que se enlistan a continuación:

- Constitucionales: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58.
- Legales: Ley 1437 de 2011, artículos 138 y 159 a 195; Ley 4ª de 1992, artículo 10; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora argumentó que la fórmula aplicada para la liquidación de la asignación de retiro del demandante no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por el contrario, aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, puesto que se tomó el 38.5 % sobre dicho rubro y se adicionó al 100% del sueldo básico y al total se le restó el 70%, causando un grave perjuicio al demandante.

Adujo que al aplicar en forma indebida la norma citada, se generó una diferencia a favor del demandante de OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 83.275.00).

Trajo a colación el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, a través del cual se creó el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; hizo alusión al Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, mediante el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares; citó el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, para aseverar que conforme a dicha norma, el demandante ostentó la condición de soldado voluntario y que de acuerdo con lo establecido en la Ley 131 de 1985, a 31 de diciembre de 2000 se encontraba bajo esa condición, por manera que adquirió el derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Manifestó que debe tenerse en cuenta, que en su condición de soldado voluntario, el demandante devengaba exactamente el mismo salario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 y cumpliendo los preceptos de la Ley 4ª de 1992, su salario no podía ser desmejorado, es decir, debía continuar devengando la misma proporción que venía percibiendo.

Pese a lo anterior, sostiene que a partir de la fecha en que se denominó el grado del demandante como Soldado Profesional, se disminuyó su asignación mensual en un 20%, contrariando las normas y principios antes mencionados.

Asegura que dicha situación influyó en el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, porque en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al establecer los factores a computar para determinar el monto de la asignación de retiro, hace la remisión a lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem, el cual dispone "*Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000*".

Afirmó que dicha norma resulta aplicable únicamente para aquellos soldados profesionales que se incorporaron a la Institución con posterioridad al año 2000,

es decir, a la entrada en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 14 de septiembre de 2000.

Que lo anterior es claro si en cuenta se tiene lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que dispone que *“(...) 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%)”*.

Adujo que las normas citadas se deben aplicar en consonancia con los principios constitucionales establecidos en los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 y la Ley 4 de 1992.

Que por todo lo anterior, para establecer el monto de la asignación de retiro se debe tomar en consideración el salario mínimo incrementado en un 60% y sobre este valor se debe tomar el porcentaje (70%) establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad.

Por otra parte, mencionó lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política y arguyó que en el presente caso es flagrante la vulneración al derecho a la igualdad, toda vez que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no incluyó como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el subsidio familiar devengado por el demandante, en aplicación del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

Adujo que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al numeral 12.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contrario a lo establecido en los Artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Aseveró que los soldados profesionales, entre ellos el demandante, se encuentran en desigualdad de condiciones, porque para los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, para los miembros de la Policía Nacional e incluso para todo el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional se incluye como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar.

1.5. TRÁMITE PROCESAL.

Mediante auto interlocutorio No. 992 de 5 de octubre de 2015, se admitió la demanda por este Despacho (fl. 44); se notificó en debida forma a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 48-51).

La entidad demanda CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES – CREMIL, contestó la demanda dentro del término legal establecido para ello, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; aduciendo que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990 y a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor (fls. 55-88).

Seguidamente, propuso las siguientes excepciones:

- **LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:** Arguyó que en desarrollo de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 217 de la Constitución Política, se han proferido diferentes disposiciones legales mediante las cuales se reglamentó y organizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000 y por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial que priman sobre las generales.
- **NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD:** Citó la Sentencia C-387 de 1994 de la Corte Constitucional, referente al principio de igualdad y señaló que no lo corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuar interpretaciones ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la Fuerza Pública. Que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, los miembros de la Policía Nacional, el personal civil y los soldados profesionales cuentan con su respectiva regulación especial, debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones, pues de no hacerlo estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.
- **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:** Arguyó que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos y, por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.
- **NO CONFIGURACION DE CAUSAL DE NULIDAD:** En el caso bajo estudio, no se da causal alguna de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajusta a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 12 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso y resolver sobre las excepciones previas propuestas. Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en el oficio No. 6605 de febrero 05 de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y el oficio No. 14586 de marzo 9 de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de

¹ Folios 94 a 97 del expediente.

reposición interpuesto contra la decisión inicial, se encuentran viciados de nulidad y en caso positivo, ordenar el correspondiente restablecimiento del derecho en la forma deprecada en la demanda, esto es en síntesis ordenando a la entidad demandada reliquidar la asignación de retiro de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma y el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en el entendido que se está tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Así mismo que se disponga el pago del reajuste retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta la inclusión en nómina de pagos, indexar los valores adeudados, disponer el pago de los intereses moratorios y condenar en costas; además se intentó la conciliación, declarándose fallida.

Igualmente, se decretaron y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por la parte demandante (fls.1-31), además los aportados con la contestación de la demanda (fls.61-88).

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de "Audiencia de Pruebas" y se constituyó el despacho en "Audiencia de Juzgamiento".

Igualmente, con fundamento en los numerales 1º y 2º del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo los apoderados de las partes para ratificar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 107 del informativo.

Posteriormente se indicó el sentido del fallo concluyendo que al demandante le asiste el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con base en el salario mínimo incrementado en un 60%.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes, particularmente

permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

En punto a las excepciones propuestas por la entidad demandada a las que denominó LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, NO CONFIGURACIÓN DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD, NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y NO CONFIGURACION DE CAUSAL DE NULIDAD, las mismas no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

3. CUESTIÓN DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si: i) Para el reconocimiento de la asignación de retiro del accionante se dio una errada aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por haber afectado doblemente la prima de antigüedad y ii) Se debió incluir como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante el subsidio familiar.

Frente al cargo planteado por la parte actora, referente a la aplicación de lo establecido en el Artículo 1° del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, con la finalidad de que se reliquide la asignación salarial con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el Despacho se abstendrá de resolver al respecto, puesto que la entidad demanda no se encuentra legitimada para reliquidar la asignación salarial del demandante, como se explicará con detalle más adelante.

3.2. CALCULO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004.

De conformidad con los artículos 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en nuestro País se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional, y de acuerdo con el artículo 217 Constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Por su parte, el artículo 150 de la Carta Política dispone que corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. Particularmente frente a éstos últimos la Constitución dispuso que los miembros de la fuerza pública seguirán un régimen especial prestacional y disciplinario determinado por la Ley y en la definición de dicho régimen salarial y prestacional, confluye tanto el

ejercicio de la competencia que corresponde, en primer término, al Congreso de la República y la otorgada al Presidente de la República dentro del marco que le fije aquél y conforme a los criterios generales que guían la forma en que habrá de regular una determinada materia.

Ahora bien, el régimen salarial y prestacional para soldados profesionales de las Fuerzas Militares es el contenido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 y el régimen pensional y de asignación de retiro el establecido en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004. Este último estatuto concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales, como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la Corte Constitucional, en Sentencia C-432 de 2004², al revisar la constitucionalidad del Decreto No. 2070 de 2003 *“Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*, determinó que la asignación de retiro es de naturaleza prestacional y se asimila a la pensión de vejez³ y agregó que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

El Decreto 4433 de 2004, incorporó dentro del Régimen de Pensión y Asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados e infantes de marina profesionales. El artículo 16 ibídem dispuso lo siguiente:

“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”.

Por su parte, el numeral 13.2.1. al que hizo remisión la norma antes citada, dispuso:

“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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.”

² Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

A su vez, el artículo 1° del Decreto – Ley 1794 de 2000, preceptúa lo siguiente:

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

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

La Sección Primera del H. Consejo de Estado, en sentencia de tutela de 11 de diciembre de 2014, realizó la interpretación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dejando claro que el cálculo de la asignación de retiro parte del 70% del salario, al cual se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad. De la citada providencia, resulta pertinente traer a colación el siguiente aparte:

“(…)

Para la Sala los términos de la norma con claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5 % de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5 % de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo”⁴ (Subrayado por el Despacho)

Criterio que se reafirmó en la reciente sentencia de tutela del 11 de mayo de 2016⁵, preferida por la sección cuarta del H. Consejo de Estado de la cual se extraen los apartes pertinentes:

“(…) Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del

⁴ Expediente No. 2014-02292-01 - Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

⁵ Consejo de Estado - Sección Cuarta - Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00822-00(AC), Actor: JAIRO MENDOZA MENDOZA Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION C.

Consejo de Estado el 29 de abril de 2015⁶, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

“4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

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

Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “**adicionado**”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación⁷.

Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurre en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados.

Corolario de lo anterior, se dejará sin efectos la sentencia de 13 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2530-7333-3001-2013-00001-01, y en su lugar, se ordenará que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva que, atendiendo lo lineamientos expuestos y los precedentes jurisprudenciales, inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar; aplique el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en cuanto al reajuste de la asignación salarial, y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la clara exégesis del mismo."

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor."

(Subrayado fuera de texto)

De las anteriores preceptivas jurisprudenciales se puede dilucidar, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales viene realizando una interpretación incorrecta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y aplica un doble descuento al porcentaje de la prima de antigüedad, pues al mencionado porcentaje (38,5) se suma la asignación básica y a su vez se aplica el 70%, que no es lo previsto en la norma, lo que implica una desmejora en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

3.3. EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – DERECHO A LA IGUALDAD.

El Decreto 4433 de 2004, específicamente en su artículo 13.2, no enunció como partida computable para el personal de las Fuerzas Militares el subsidio familiar, sin embargo, dicha norma ha de inaplicarse por inconstitucional, toda vez que va en contravía del principio de igualdad, si se tiene en cuenta que dicho subsidio se incluye como partida computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales sin que exista razón para dicho trato desigual.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de 17 de octubre de 2013⁸, sostuvo lo siguiente:

⁷ Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"(...)

Si la finalidad el subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.

Por lo tanto es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

El Tribunal Administrativo de Antioquia desatendió la anterior regla jurisprudencial, pues negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, con el argumento de que la "experiencia, preparación y responsabilidades" exigidas para desempeñarse como soldado profesional son distintas a las de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

A juicio de la Sala, esa razón desconoce el objeto de ese beneficio no es otro distinto de servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de que son los servidores que más lo necesitan, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional(...)" (Subrayado por el Despacho)

Así las cosas, a efectos de realizar el cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales, CREMIL deberá tener en cuenta como partida computable de la misma el subsidio familiar, pues lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 debe inaplicarse, por ser contrario al principio constitucional de la igualdad.

3.4. REAJUSTE DEL SUELDO BÁSICO – ARTÍCULO 1° DEL DECRETO 1794 DE 2000- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

La parte actora sostuvo, como uno de los cargos de la demanda, que en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el demandante en su condición de soldado profesional activo a 31 de diciembre de 2000, tenía derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en consecuencia, su asignación de retiro debió liquidarse con base en el salario mínimo incrementado en un 60%.

En párrafos anteriores el Despacho advirtió que la entidad demandada, esto es, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL no está legitimada en la causa por pasiva en lo atinente a esta pretensión, como seguidamente pasa a explicarse.

⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección "B". C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Expediente No. 11001-03-15-000-201301821-00 (AC). Actor: José Narcés López Bermúdez. Accionado: Tribunal Administrativo del Tolima. Acción de Tutela. Regla reiterada en sentencia de la Sección Cuarta - Consejo De Estado – C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas - veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)- Expediente No. 11001-03-15-000-2015-00380-00(AC) - Actor: Jairo Jaraba Morales - Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia y Otro.

En sustento de tal afirmación, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 3.10 de la Ley 923 de 2004⁹, el cual dispone que “La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes”.

Lo anterior significa, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, si bien cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, no es la responsable de cubrir la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, obligación que se encuentra en cabeza del MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL. Por tanto, no resulta acertado dirigir la pretensión de reajuste de la asignación salarial del demandante contra CREMIL, situación que obliga al despacho a abstenerse de realizar un pronunciamiento al respecto.

Lo antes esbozado encuentra su respaldado en lo planteado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2015, en donde se expuso lo siguiente:

“(…)

Sin embargo, la Sala observa que en la sentencia cuestionada no se resolvió de fondo la pretensión de reajuste del salario en un 20 %, pues, a juicio del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en cuanto a esa puntual reclamación, CREMIL no estaba legitimada en la causa para comparecer como demandada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004²⁵, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, mas no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

*Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normativa citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para atender las reclamaciones relacionadas con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares. La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares(…)”*¹⁰(Subrayado por el Despacho)

⁹ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta - Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas - veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00380-00(AC)

Aunado a lo anterior, es preciso acotar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, es un establecimiento público del orden nacional encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios conforme a la hoja de servicios militares remitida por el Ministerio de Defensa¹¹, y en observancia de lo dispuesto por los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990, respectivamente:

“ARTÍCULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa y a los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario.”

“ARTÍCULO 235. HOJA DE SERVICIOS. La Hoja de Servicios será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza (...)”

Así pues, necesario es reiterar que CREMIL no se encuentra legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores activos pertenecientes a la Fuerzas Militares, dado que la entidad encargada de realizar el pago de dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa Nacional, por ende, CREMIL calculará la asignación de retiro con base en la asignación efectivamente pagadas al beneficiario y las partidas que se observen en la respectiva hoja de servicios.

4. EL CASO CONCRETO.

Revisado el expediente se encuentra probado lo siguiente:

- Mediante Resolución No. 1932 de 11 de marzo de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional (R) MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO (fls. 2-3).
- El 3 de febrero de 2015, el señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO, a través de apoderada judicial, solicitó la reliquidación de la asignación de retiro, en los siguientes términos (fls. 4-7):

“(...)”

PETICIONES:

1. Que por medio de Resolución y con citación de mi personería se reconozca y ordene pagar por mi conducto, el REAJUSTE de la asignación de retiro a que tiene derecho el señor PRECIADO PRECIADO GUSTAVO ADOLFO, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

¹¹ Ver folios 23-24 del expediente.

1.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR.

1.2. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40% CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 21 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTO EN UN 60%.

1.3. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COM PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES SE LES TIENE EN CUENTA LA LIQUIDACIÓN RESPECTIVA.

2. *Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo de la asignación de retiro desde la fecha de reconocimiento hasta su inclusión en nómina de pagos.*

3. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores que se les adeudan a mi representado.*

4. *Que se disponga el pago de los intereses por mora sobre todos los valores que se le adeudan a mi representado."*

- Mediante oficio No. 6605 del 5 de febrero de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL negó la reliquidación solicitada por el señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO (fl. 8 vto.).
- El 16 de febrero de 2015, el señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO, a través de apoderada judicial, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión adoptada por CREMIL mediante Oficio No. 6605 de 5 de febrero de 2015 (fls. 9-10).
- A través de oficio No. 14586 de 9 de marzo de 2015, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL rechazó por improcedentes los recursos interpuestos por el señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO (fls. 11 vto.).

4.1. ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO.

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

A su vez, el artículo 16 ibídem, sobre la forma de liquidar las referidas partidas para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro establece que será el: ***“equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.”*** (Se resalta).

Teniendo en cuenta lo anterior, CREMIL al liquidar la asignación de retiro del demandante tomó el 70 % de la sumatoria entre el sueldo básico y el 38.5 % de la prima de antigüedad, lo que quiere decir que afectó ambas partidas computables con el 70% en mención, según se desprende de la liquidación visible a folio 28 del expediente, que se resume de la siguiente forma:

Sueldo Básico	\$902.090,00
38.50% Prima de Antigüedad	\$347.304,00
Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad	\$1.249.395,00
Asignación de Retiro 70%	\$874.576

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a la interpretación que le ha dado a dicha norma el H. Consejo de Estado, el cálculo de la asignación de retiro no parte del salario, sino del 70% del mismo, al cual se le debe adicionar el 38.5. % de la prima de antigüedad

La fórmula de cálculo atendiendo la norma debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, es de \$631.463.00 ($902.090.00 \times 70\% = 631.463.00$), valor al que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, que es de \$347.304.00, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, por lo que la asignación de retiro será la suma de estos resultados, dando un total de **\$978.767.00** ($347.304.00 + 631.463.00 = 978.767.00$).

En este orden de ideas, evidencia el Despacho que la entidad demandada CREMIL dio una aplicación errada a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma que establece la manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro para el presente caso.

Ahora bien, mediante los actos demandados también le fue negada al demandante la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar como partida computable, lo cual, como se explicó en líneas anteriores, va en contravía del derecho a la igualdad y, en consecuencia, debe inaplicarse el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por inconstitucional, puesto que éste incluye el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, más no para los soldados profesionales, sin que exista razón para dicho trato desigual.

Así las cosas, habrá de declararse la nulidad de los actos demandados, y a modo de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional e incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica, desde la fecha en que haya adquirido el derecho el demandante.

Por otra parte, se denegarán las pretensiones en relación con el ajuste del sueldo básico en el 60%, pues CREMIL no está legitimada en lo pasivo para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores públicos activos pertenecientes a la Fuerzas Militares, acorde con los planteamientos ya expuestos.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará utilizando la siguiente formula:

$$RA = RH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

5. PRESCRIPCIÓN.

Al respecto de este fenómeno, el artículo 43 del 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”*, establece en lo pertinente:

“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. (...)

En este caso, se observa que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 1932 de 11 de marzo de 2014 (fls. 2-3); el 3 de febrero de 2015, solicitó la reliquidación de la misma (fls. 4-7) y el 28 de julio de 2015 interpuso demanda ante esta jurisdicción (fl. 42), denotándose que dentro de

dicho término no operó el fenómeno jurídico de que trata la norma anteriormente referenciada; por tanto, no hay lugar a declarar la prescripción trienal de mesadas pensionales.

6. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Por otra parte, se condenará en costas a la entidad demandada conforme lo señala el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 366 del C.G. del P., mismas que se liquidarán por secretaría. De conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el efecto se fijará como agencias en derecho la suma del 5% del valor de las pretensiones reconocidas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL para el caso concreto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional de igualdad, en el entendido que con respecto a los soldados profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, éste será una partida computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 6605 del 5 de febrero de 2015, en virtud del cual CREMIL negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO y el Oficio No. 14586 del 9 de marzo de 2015, mediante el cual CREMIL resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio No. 6605 del 5 de febrero de 2015, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, reliquidar la asignación de retiro del señor MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO, reconocida mediante Resolución No. 1932 del 11 de marzo de 2014, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional e incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. Ajustando su valor, con aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de este proveído tal como lo manifiesta el artículo

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ROSERO PORTOCARRERO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00258-00

192 del CPACA. La entidad demandada confeccionará la liquidación teniendo en cuenta las pautas indicadas en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de la diferencia de las mesadas de la asignación de retiro de la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: NEGAR las demás suplicas de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

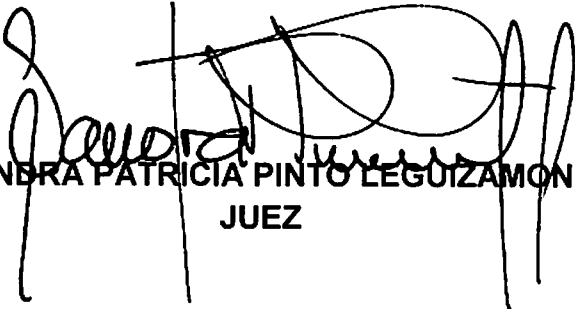
SEPTIMO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** al pago de costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

OCTAVO: CONDENAR en agencias en derecho a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa. El Despacho fija el quantum en un cinco por ciento (5%) del valor de la liquidación aquí ordenada. Su liquidación deberá realizarse por secretaría e incluirse en la liquidación de las costas.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G. del P.

DÉCIMO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ

JG.