



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, diecinueve de marzo de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 00013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por las partes demandante y demandada, contra la sentencia dictada el 29 de agosto de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

## I. ANTECEDENTES

### 1. PARTE DEMANDANTE

ELDER NASPIRÁN ROSERO  
C.C. No. 5.282.082

### 2. PARTE DEMANDADA

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

### 3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Del Oficio No. 75763 de 23 de octubre de 2015, en el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro.

Que a título de restablecimiento del derecho se reajuste la asignación de retiro, con el 20% adicional, con la aplicación correcta en el cálculo del valor de las partidas y porcentajes sin afectar dos veces la prima de antigüedad, y con inclusión del subsidio familiar en el 70% y de la duodécima parte de la prima de navidad, y con un 4% más por cada año adicional a los 20 años de servicios.

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Que se pague la diferencia resultante, que las sumas sean indexadas, se reconozcan intereses de mora y se condene en costas a la demandada.

## **Hechos**

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

El señor Elder Naspirán Rosero, prestó sus servicios como soldado voluntario y, posteriormente, fue cambiado a la categoría de soldado profesional, en la que recibió una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal incrementado en un 40%.

Posteriormente, le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 7603 de 11 de septiembre de 2015.

La asignación de retiro fue calculada con un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%, a la vez, se tomó el sueldo básico, la prima de antigüedad en un 38,5% y a la sumatoria se le aplicó el 70%.

Previa solicitud, en el acto demandado se negó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión de un 20% adicional, sin tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad, con inclusión del subsidio familiar y de la prima de navidad, y en un 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios. *Fls. 9 y siguientes*

## **4. RECUENTO PROCESAL**

La demanda fue presentada el 21 de enero de 2016, repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 23 y siguientes, C. ppal.-.

## **5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, contestó la demanda a través de apoderado y en la oportunidad legal.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo los relacionados con los incrementos reclamados.

Planteó las excepciones de legalidad de las actuaciones, carencia de fundamento para el reconocimiento e inclusión del subsidio familiar y de la prima de navidad, no violación del derecho a la igualdad, correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del 40% al 60%, y no configuración de falsa motivación. *Fls. 32 y siguientes.*

## **6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO**

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

De las excepciones propuestas, se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino.

En la audiencia inicial, en la etapa de saneamiento se solicitó como prueba, copia de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso instaurado por el señor Elder Naspirán Rosero en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, dentro del radicado 2014 00246. Allegada la anterior prueba, se reanudó la audiencia, en la que, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia.

## **7. LA SENTENCIA APELADA**

Se trata de la sentencia dictada el 29 de agosto de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se declaró la nulidad parcial del acto cuestionado, y se ordenó que una vez la Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, efectuara el reajuste de la asignación básica del actor como le fue ordenado en la sentencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, efectuara la reliquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta las siguientes partidas: asignación básica, la duodécima parte de la prima de navidad, subsidio familiar en el 70% y la prima de antigüedad sin afectarla dos veces. Se negaron las demás pretensiones de la demanda.

## **8. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La **entidad demandada**, apeló de la decisión anterior en tiempo oportuno.

Planteó los mismos argumentos que en la contestación a la demanda. Hizo énfasis, en que aplicó debidamente la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro, y que la normatividad especial aplicable al actor, no contempla la inclusión del subsidio familiar ni de la doceava de la prima de navidad en dicha prestación. *Fls. 239 y siguientes*

La **parte demandante**, también apeló la decisión anterior, con sustento, esencialmente, en que CREMIL sí se encuentra legitimada en la causa para reconocer y pagar el incremento del 20% en la asignación de retiro, por tratarse de un derecho consolidado a favor del señor Elder Naspirán Rosero. Pidió también que se incluya el subsidio familiar en el monto devengado en actividad, del 70%, y el incremento de la asignación de retiro en un 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios. Lo anterior lo que sustentó en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, que se sirvió citar, transcribir en extenso y aportar al plenario. *Fls. 161 y siguientes*

## **9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA**

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada. En consecuencia, el recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. La parte demandante alegó a folios 15 y siguientes. La entidad demandada no intervino en esta

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

instancia. El Ministerio Público conceptuó que se confirme la sentencia, a folios 61 y siguientes.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. La competencia**

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 29 de agosto de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán.

### **2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados**

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Elder Naspirán Rosero, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 12 de noviembre de 1992 hasta el 30 de junio de de 1994, como soldado voluntario desde el 10 de julio de 1994 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 31 de marzo de 2015, para un total de más de 22 años, 3 meses y 13 días.

Por la prestación de los servicios devengó los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, seguro de vida y bonificación de orden público. De estas, se consideraron como partidas computables para la asignación de retiro: el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Lo anterior consta en la hoja de servicios a folios 3 y 51 reverso del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 7603 de 11 de septiembre de 2015.

En esta resolución se consideró que el actor tenía derecho a una asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Copia de la resolución está a folios 4 y 66 reverso y siguientes.

Respecto de esta prestación, solicitó el reajuste, con un salario mínimo incrementado en el 60%, con la debida aplicación de la fórmula para su cálculo, sin que se afecte doblemente la prima de antigüedad, y con inclusión del subsidio familiar en el 70% y la doceava parte de la prima de navidad, así como un incremento del 4% por cada año que excediera a los 20 años de servicios, en petición de 8 de octubre de 2015, que le fue negada por Oficio No. 75763 de 23 de octubre de 2015, que es el acto demandado, lo cual consta a folios 8 y 70 reverso.

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

A la vez, se sabe que el actor obtuvo a su favor la sentencia de 30 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se ordenó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

### **3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación**

En contra del oficio anterior, el señor Elder Naspirán Rosero instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, que dispuso el reajuste de la asignación de retiro por parte de Cremil, pero después de que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, reajustara el sueldo básico del actor en cumplimiento de la orden dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en sentencia de 30 de mayo de 2017. A la vez, ordenó que en el reajuste de la prestación, se incluya el subsidio familiar en el 30%, la doceava de la prima de navidad y con la aplicación de la fórmula sin afectar doblemente la prima de antigüedad.

Contra lo así resuelto, la parte demandada apeló, para que no se ordene la inclusión del subsidio familiar ni de la prima de actividad, y con sustento en que aplicó legalmente la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro. La parte actora también apeló, para que se ordene el reajuste de la asignación de retiro con el sueldo en el equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, con sustento en que Cremil está legitimada para dicho efecto, y para que se decrete la inclusión del subsidio familiar en el 70%, y se disponga el incremento de la asignación de retiro en un 4% por cada año adicional a los 20 años de servicios.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro reconocida al señor Elder Naspirán Rosero, en su calidad de soldado profesional, i) con el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, ii) con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad y del subsidio familiar y en qué porcentaje iii) con la debida aplicación de la fórmula para que no se afecte doblemente la prima de antigüedad, y iv) si es procedente el incremento en un 4% por cada año que exceda a los 20 años de servicios.

### **4. De la asignación de retiro para soldados profesionales**

La asignación de retiro para los soldados profesionales, está contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y las partidas computables para ella, están previstas en el artículo 13, numeral 2, del mismo Decreto.

En efecto, el artículo 16, establece que los soldados profesionales con 20 años de servicios tienen derecho a percibir una asignación mensual de retiro. Especifica que dicha asignación debe equivaler al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del mismo decreto; adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Y advierte que en ningún caso la asignación puede ser inferior a 1,2 SMLMV. El artículo dice literalmente lo siguiente:

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

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.

Por su parte, el artículo 13, establece que la asignación de retiro para los soldados profesionales, debe liquidarse teniendo en cuenta las siguientes partidas –o factores-: i) el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y ii) la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo decreto. En el párrafo se advierte que ninguna otra prestación o factor será computable en las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El artículo establece:

**ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

**PARÁGRAFO.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En esta normatividad se establece entonces el derecho a la asignación de retiro, las partidas computables, dentro de las cuales aparece el salario mensual que debe determinarse en los términos del Decreto 1794 de 2000, así como la fórmula para el cálculo de la asignación.

De lo anterior, su interpretación y aplicación por parte de los interesados y de Cremil, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó su posición, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, radicado SUJ-015-19, en torno a los siguientes aspectos: i) las partidas computables, ii) la inclusión del subsidio familiar, iii) la asignación salarial que debe aplicarse, iv) la legitimación en la causa de Cremil para decidir sobre el reajuste de esa asignación salarial, v) el cómputo de la prima de antigüedad, vi) y los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

La sentencia se articula, principalmente, en los siguientes tres pilares: i) la concordancia que debe existir entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

entonces se incluyen para la liquidación de la asignación de retiro, ii) el principio de igualdad y iii) el principio de progresividad. Al amparo de estos preceptos, en la sentencia se concluye respecto de cada uno de los temas indicados, lo siguiente:

Que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el AL 01 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Que el subsidio familiar, no es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, para quienes la causaron antes del 1 de julio de 2014, porque no estaba así previsto en el ordenamiento jurídico.

Que para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, la asignación de retiro debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Y que para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Que respecto de los primeros, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro, sin que se requiera previamente haber obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo. Que, consecuentemente, es viable que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

Que para el cálculo de la asignación de retiro, la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consiste en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad:  $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$ ; y no como la aplica Cremil, que toma el salario, le adiciona el porcentaje de la prima de antigüedad y sobre ese resultado calcula el 70%.

Que a los soldados profesionales no se les aplican los incrementos del Decreto 991 de 2015, que están contemplados para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

## **5. El caso concreto**

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala corrobora que al señor Elder Naspirán Rosero le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Para su liquidación, deben tomarse como asignación básica mensual, el salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que remite al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, porque estaba vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003.

Este reajuste del salario para la liquidación de la asignación de retiro debe ser efectuado por Cremil, siendo procedentes lo descuentos a que haya lugar y sin necesidad del reajuste salarial por el Ministerio de Defensa o la fuerza a la que se prestaron los servicios, como se expone en la sentencia de unificación, por lo que se modificará la orden que al respecto emitió el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el sentido de que dicho reajuste no puede condicionarse al cumplimiento de otra sentencia judicial por parte de una entidad distinta a la aquí demandada.

En la liquidación no debe incluirse la prima de navidad, porque no es un haber contemplado como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales; lo cual, por demás, no constituye una violación del derecho a la igualdad en contraste con los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

A este respecto, en la sentencia de unificación, se explicó que para definir las partidas computables en la asignación de retiro, debe partirse de los criterios generales establecidos en la Ley 923 de 2004 que, en general, pretende una concordancia entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que se incluyen en la liquidación de la asignación de retiro, lo que se concreta en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a la vez que se acompasa a los principios del sistema de seguridad social y al principio de sostenibilidad financiera. Esta aseveración se argumentó así:

*135. Nótese cómo claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales».*

*136. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y*

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

*los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.*

Seguidamente, reconoció que las partidas que se computan para la asignación de retiro de los soldados profesionales son diferentes a las que se computan para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, lo cual se desprende del artículo 13, en sus numerales 1 y 2, del Decreto 4433 de 2004, respectivamente.

Sostuvo que esa diferencia era constitucionalmente admisible, pues se trata de personal en situaciones de hecho distintas, como lo son su jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y su régimen pensional especial. En este sentido, concluyó:

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

Y sobre el principio de igualdad, remató:

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

Lo anterior significa que la no inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del señor Elder Naspirán Rosero, no trasgrede el derecho a la igualdad, pues su situación y su régimen pensional, son diferentes a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

En la liquidación, debe incluirse el subsidio familiar, porque el actor se encontraba devengándolo al momento del retiro del servicio que se produjo en marzo de 2015, esto es,

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

con posterioridad al 1 de julio de 2014. Al respecto, se corrobora que el actor devengaba el subsidio familiar, con la hoja de servicios de 19 de agosto de 2015, a folios 3 y 51 reverso. A la vez, le asiste el derecho a la inclusión de esta partida en la asignación de retiro, en el 30%, según se desprende del Decreto 1162 de 2014 y de la jurisprudencia trascrita. El Decreto establece, literalmente:

*ARTÍCULO 1. A partir de julio del 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.*

A la vez, en la sentencia de unificación se expone el recuento normativo del subsidio familiar, del cual se concluye que solo fue contemplado como partida computable para la asignación de retiro en los decretos 1161 y 1162 de 2014. La sentencia aseveró lo siguiente:

*185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 , para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 , y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida .*

Y en el párrafo siguiente aclaró:

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

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

*187. En conclusión, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, consideró que no se vulneraba el derecho a la igualdad entre i) los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares –a quienes sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro-, porque son dos grupos diferentes, cuyos aportes y partidas computables varían, y están amparados por regulaciones distintas; y entre ii) los soldados profesionales que consolidaron el derecho a la asignación de retiro antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes lo consolidaron con posterioridad a estos decretos –a quienes se les incluirá el subsidio familiar en la asignación de retiro-, lo que fundó, esencialmente, en el principio de progresividad, en los siguientes términos:

*200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

*201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

*202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.*

*203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable*

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

*para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.*

Retomando el caso concreto, al señor Elder Naspirán Rosero le asiste el derecho a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, por estar devengándolo al momento de su retiro del servicio, efectuado con posterioridad al 1 de julio de 2014, como se deja expuesto. Esa partida debe incluirse en el 30% por así disponerlo expresamente el Decreto 1162 de 2014, lo que no viola el derecho a la igualdad en relación con otros miembros de las Fuerzas Militares, lo que desvirtúa el alegato de la parte actora de que se incluya en el porcentaje en que fue devengado en actividad.

Siguiendo con el caso en estudio, se tiene que la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse con aplicación de la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consistente en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad; en otros términos: la asignación de retiro es igual a: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad; lo cual encuentra sustento en la jurisprudencia citada, por lo que se desestima el cargo de la apelación de la entidad demandada.

Finalmente, la Sala mantendrá la nugatoria del incremento del 4% de la asignación de retiro por cada año adicional a los 20 años de servicios, porque esta no es una prerrogativa establecida a favor de los soldados profesionales, sino para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, quienes se encuentran en situaciones de hecho distintas y tienen una regulación especial, por lo que no se viola el derecho de igualdad, aunado a que resulta razonable y proporcional que la asignación de retiro de los soldados profesionales no prevea ciertos incrementos en relación con otras prestaciones de otros miembros de la Fuerza Pública, lo que atiende el principio de progresividad, como lo destacó la sentencia de unificación que se deja expuesta.

Consecuentemente, se modificará el restablecimiento del derecho, en el sentido de ordenar a Cremil el reajuste de la asignación de retiro reconocida al actor, así: el salario mensual, que debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, multiplicado por el 70%, y luego adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar.

Y ordenar pagar la diferencia arrojada entre el valor cancelado por asignación de retiro y el valor que resulte una vez efectuada la reliquidación de dicha asignación de retiro. Las sumas resultantes serán indexadas con aplicación de la fórmula usualmente empleada para dicho efecto en esta jurisdicción, y que fue explicada en la sentencia apelada.

Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Las demás pretensiones de la demanda se entienden denegadas.

## **6. Costas de esta instancia**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

La Sala no condenará en costas en esta instancia, porque los recursos de la parte actora y de la entidad demandada no prosperaron y los criterios para el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales se unificaron mientras este proceso estaba en curso.

## **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

## **F A L L A**

**PRIMERO: Modificar** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia dictada el 29 de agosto de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia, el cual quedará así:

***"Segundo:** a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL:*

*Reajustar la asignación de retiro reconocida al señor Elder Naspirán Rosero, así: en el salario mensual, que debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% según lo dispuesto por el inciso final del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, multiplicado por el 70%, y luego adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar.*

*Pagar la diferencia arrojada entre el valor cancelado por asignación de retiro y el valor que resulte una vez efectuada la reliquidación de dicha asignación de retiro. Las sumas resultantes serán indexadas con aplicación de la fórmula usualmente empleada para dicho efecto en esta jurisdicción, y que fue explicada en la sentencia.*

*Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*

**Expediente:** 19001 33 33 006 2016 0013 01  
**Actor:** ELDER NASPIRÁN ROSERO  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

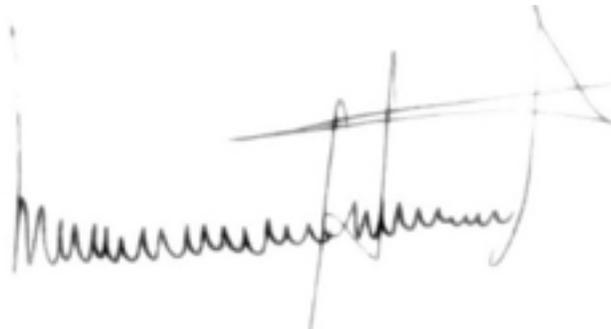
Los demás numerales de la sentencia quedan iguales. Y las demás pretensiones de la demanda se entienden denegadas.

**TERCERO: Sin condena** en costas en esta instancia, según lo expuesto.

**CUARTO: Devuélvase** al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE**

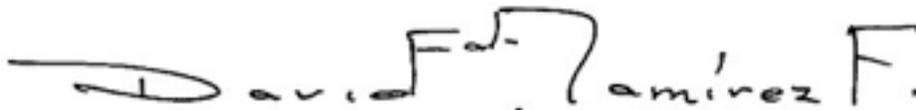
**Los Magistrados**



**CARLOS H. JARAMILLO DELGADO**



**NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**



**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**