REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	**50-001-33-33-004-2019-00026-00**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020[1], dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por el señor JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

- El señor JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS, prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional, posteriormente, fue vinculado como soldado voluntario a partir del 13 de septiembre de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003, y a partir del 1° de noviembre de 2003 fue nombrado soldado profesional hasta la fecha de su retiro, según consta en la hoja de servicios (folios 27 a 28 y 82 a 83 del expediente digital).

- Mediante Resolución N°. 5363 del 30 de junio de 2017, CREMIL le reconoció asignación de retiro a partir del 31 de agosto 2017, en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fls. 25 a 26 y 79 a 81 del expediente digital).

[1] Por medio de cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

- El día 06 de abril de 2018, a través del radiado N°. 20180037699, el demandante solicitó la reliquidación de la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la inclusión como partida computable del subsidio familiar en el porcentaje que se venía reconociendo al momento de su retiro (fl. 19 a 24 del expediente digital); petición que fue resuelta de forma negativa mediante oficio N°. 2018-42817 del 26 de abril de 2018 (folios 29 a 31 y 89 a 90 del expediente digital).

- Conforme a lo expuesto, pretende se declare la nulidad del oficio N°. 2018-42817 del 26 de abril de 2018 y, en consecuencia, como restablecimiento del derecho se le reliquide su asignación de retiro, con la correcta liquidación de la prima de antigüedad, dando aplicación a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, calculando el 38.5% de la prima de antigüedad sobre el salario devengado, sin afectarlo doble mente y la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje que se venía siendo reconocido al momento de su retiro; también pretende se ordene la indexación de los valores reconocidos y las costas procesales.

1.2. CONTESTACIÓN

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que sus actuaciones se encuentran apegadas a la ley y que los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, ya que el reconocimiento pensional del demandante, se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el Decreto 4433 de 2004, al ser la norma que estableció la forma de liquidar la asignación de retiro y las partidas computables de los soldados profesionales.

2. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto, se contrae a determinar si resulta procedente la reliquidación de la asignación de retiro del señor JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS, en calidad de Soldado Profesional (R) del Ejercito Nacional, calculando el 38.5% de la prima de antigüedad sobre el salario devengado, sin afectarlo doblemente y la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje devengado al momento de su retiro.

Para desatar el problema jurídico planteado, el Despacho abordará el estudio de los siguientes temas:

ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES

Sobre la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2003, "*Por medio del cual*

se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", determinó que es *prestacional* y se asimila a la pensión de vejez, agregando que su objetivo primordial 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 profesionales.

Bajo esta disposición, el soldado profesional cuando tenga veinte (20) años de servicio y que solicite el retiro por voluntad propia o sea retirado del servicio activo por la Fuerza, adquiere la potestad para que a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le pague una asignación mensual de retiro, equivalente al SETENTA POR CIENTO (70%) del salario mensual a la fecha del retiro, 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.

En sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado, dentro del expediente con radicado N°. (1701-16) CE-SUJ2-015-19, M.P. William Hernández Gómez, estableció reglas respecto al procedimiento y las partidas computables que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, destacándose las siguientes:

> *"6.- Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*
>
> *(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.*
>
> *7.- No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares."*

Finalmente, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, advierte el Despacho que en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, se estableció que 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, 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; por tanto, en el presente asunto debe analizarse si la entidad reconoció el subsidio familiar al demandante en un 30% conforme a lo previsto en el Decreto 1162 de 2014, por ser la norma aplicable para la fecha en que le fue reconocida la asignación de retiro al demandante.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, tenemos que el demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro con base en la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la inclusión como partida computable del subsidio familiar en el porcentaje en que le venía siendo reconocido al momento de su retiro.

LIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004

En lo que respecta al cálculo del 38.5% de la prima de antigüedad, considera el Despacho que esta debe efectuarse sobre el salario devengado y su respectivo incremento, luego de lo cual debe sumarse, al valor así obtenido, el 70% del salario inicial, para de esta manera obtenerse el monto total de la asignación de retiro del demandante, no en la forma en que lo realizó la entidad demandada, quien redujo la prima de antigüedad al aplicarle un 70% al 38.5% ya obtenido, motivo por el cual se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la aplicación correcta de la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Lo anterior, resulta procedente teniendo en cuenta lo informado por CREMIL en la contestación de la demanda (folio 65 del expediente digital) en donde se observa la forma en la que la entidad liquida la asignación de retiro:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (incremento en un 40%) = 140%
Prima de antigüedad = 38.5%

Asignación de Retiro: 70% = (Sueldo Básico + 38.5% de prima de antigüedad)

De lo expuesto, se verifica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, suma al sueldo básico, el 38.5% de la prima de antigüedad y le aplica el 70%, cálculo errado e improcedente que no se ajusta a lo dispuesto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que se está afectando doblemente la prima de antigüedad, por tanto, lo correcto es tomar el 70% del sueldo básico, al que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima

de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje, por lo que para determinar la asignación de retiro se deben sumar estos valores.

Así las cosas, la indebida liquidación de la asignación de retiro del actor da lugar a que se anule el acto acusado que negó la reliquidación por infringir la norma en que debe fundarse.

- **INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO**

En el presente asunto, se encuentra acreditado que mediante Resolución N°. 5363 del 30 de junio de 2017, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció al demandante asignación de retiro, a partir del 30 de agosto de 2017, en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el subsidio familiar en un 30%, dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

Igualmente, se vislumbra en dicha resolución que el señor JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS sostiene unión marital de hecho con la señora BLANCA LILIA BARRETO SUAREZ y tiene una hija, así mismo, en la hoja de Servicios N°. 3-7232135 del 2 de junio de 2017 (fls. 82 y 83) se determina que el demandante percibía subsidio familiar en el 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Ahora bien, del material probatorio que obra en el expediente, determina el Despacho que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció asignación de retiro al soldado profesional JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS, dando aplicación íntegramente al Decreto 1162 de 2014, sin que esta norma vulnere el principio de igualdad frente a los demás miembros de la Fuerza Pública – Oficiales y Suboficiales-, pues el trato diferenciado se justifica en virtud de la correspondencia que debe existir entre las partidas para liquidar la asignación de retiro, previstas por el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, que fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

Por lo anterior, el Despacho varia la postura asumida en casos similares para dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado[2] donde señaló que 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 en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000.

[2] Sentencia de fecha 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación N°. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19.

Así las cosas, el 30% del subsidio familiar que se viene computando por la entidad en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, se encuentra ajustado a derecho, razón por la cual se negara la inclusión pretendida.

PRESCRIPCIÓN

Finalmente, resulta importante señalar que en el presente caso no ha operado la prescripción de diferencias de mesadas pensionales -de que tratan los artículos 10 del Decreto 2728 de 1968 y 174 del Decreto 1211 de 1990-, por cuanto la petición efectuada a la administración se elevó el 06 de abril de 2018[3], dentro del término, esto es, cuatro (4) años contados a partir del momento en que se hizo exigible la obligación, es decir el 31 de agosto de 2017, habiéndose instaurado la demanda dentro del mismo plazo el 27 de agosto de 2018[4].

Ahora bien, las sumas resultantes deberán ser actualizadas de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = RH * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación ordenada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió hacerse el pago, advirtiéndose que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

CONDENA EN COSTAS

Advierte el Despacho que la actual postura del Consejo de Estado[5] señala que se debe acudir a un criterio de causación, debiéndose verificar que las costas se encuentren causadas y comprobadas, por lo cual dando aplicación al artículo 188 del C.P.A.C.A., considerando que en el presente caso no existe prueba alguna que indique la causación de expensas que justifiquen la imposición de costas, a excepción de los gastos ordinarios del proceso cuya responsabilidad radica exclusivamente en la parte demandante, encontrándonos frente a un asunto de pleno derecho y al encontramos frente a una condena parcial, el Juzgado se abstendrá de condenar a la parte vencida.

[3]Folio 19 a 24 del expediente digital.
[4]Folio 34 del expediente digital.
[5] Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, N°. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Consejera Ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio N°. 2018-42817 del 26 de abril de 2018, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor Soldado Profesional(R) JOSÉ EVER ALBERTO VARGAS, desde el 31 de agosto de 2017, fecha en que se hizo efectiva la asignación de retiro, 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, debiendo pagar las diferencias de mesadas debidamente indexadas, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa de la parte actora, expídanse copias auténticas del presente fallo con constancia de ejecutoria, en la forma establecida en el inc. 2° del numeral 2° del artículo 114 del C.G.P., y cúmplase con las comunicaciones del caso.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, procédase a la devolución del remanente por concepto de gastos ordinarios del proceso, si hubiere lugar y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

CATALINA PINEDA BACCA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE VILLAVICENCIO

Expediente: 50-001-33-33-004-**2019-00026**-00
A.V.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a72dd3d6abbe54552993fc720e0b3f577d981064da7eed3d6f7c166dd3808d9e
Documento generado en 30/09/2020 02:40:21 p.m.