



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación: No. 2015 - 0309
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ISIDRO MADERO OVEJERO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Encontrándonos en la oportunidad prevista en inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se dispone a proferir sentencia de primera instancia, previo las siguientes:

ANTECEDENTES

El 31 de julio de 2017 en audiencia inicial se ordenó integrar el Litisconsorcio necesario con la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Vencido el término de traslado, acorde con lo dispuesto en el artículo 180 ibídem, el 15 de diciembre de 2017, se reanuda la audiencia, por lo que agotado el trámite correspondiente, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

Así las cosas, estando dentro del término se procede a dictar sentencia, para lo cual se tendrán en cuenta, los siguientes aspectos:

Como fundamento fáctico de las pretensiones aduce, que:

1. ISIDRO MADERO OVEJERO ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario, antes del 31 de diciembre del 2000; razón por la que, su salario, primas, prestaciones sociales y demás conceptos devengados, eran pagados con un monto equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente incrementado en un 60%, hasta octubre del año 2003.
2. El Ejército Nacional a través de orden No. 1175 del 20 de octubre de 2003, modificó la denominación de Soldados Voluntarios a Soldados Profesionales, actuación unilateral que afectó al demandante por cuanto a partir del mes de noviembre del mismo año, su remuneración decreció en un 20%, lo que considera desmejoro en un 20% su salario, primas y demás prestaciones.
3. Afirma que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL reconoció al demandante asignación de retiro mediante Resolución No. 1150 del 25 de febrero de 2015; para efecto de calcular el valor de la misma, la entidad tomó el sueldo básico - equivalente a un (1) SMLMV aumentado en un 40%.; y el 38,50% que corresponde a la prima de antigüedad; para luego de sumar dichas cantidades calcular el 70%, que es el que finalmente arrojó el monto de la prestación.
4. Asevera que, en el referido acto administrativo no se incluyó el subsidio familiar ni la duodécima parte de la prima de navidad como partidas computables; por lo que, el día 5 de mayo de 2015 solicitó a CREMIL: adicionar el salario básico con el 20% por haber ostentado

¹ C.P.A. y de lo C.A.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

la calidad de soldado voluntario; reliquidar la asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado en el 38.50% de la prima de antigüedad; reconocimiento del subsidio familiar y de la duodécima parte de la prima de navidad; petición que fue despachada en forma negativa mediante acto administrativo 0034996 del 27 de mayo de 2015.

Con base en los anteriores hechos pretende:

Se declare la Nulidad del acto administrativo OF 34996 de fecha 27 de mayo de 2015... y como consecuencia de lo anterior, se ordene:

"2º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276, teniendo en cuenta un 20% adicional, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

"3º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la asignación de retiro para el soldado profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276, con la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 de Decreto 4433 de 2004."

"4º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a tener en cuenta el subsidio familiar en un 70%, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional."

"5º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a tener en cuenta duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, en asignación de retiro para el Soldado Profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional."

"6º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago, hasta que se haga efectivo en la asignación de retiro, a favor del Soldado Profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276, el valor sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al IPC al momento del pago, liquidadas mes a mes."

"7º... Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios al Abogado que representa al Soldado Profesional (r) ISIDRO MADERO OVEJERO CC 74.865.276."

Notificada en debida formas a la parte demanda, dentro del término de traslado contesto la demanda:

2. CONTESTACIÓN.-



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

2.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL², se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho que las haga prosperar.

Como medio de defensa propuso las siguientes excepciones: Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar – primas (navidad), bonificaciones, auxilios, compensaciones y demás, devengados en servicio activo; inexistencia de fundamento jurídico para el reajuste solicitado; no configuración de violación al derecho a la igualdad y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

2.2 Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional³.- En su escrito de contestación se opone a la prosperidad de las pretensiones por considerar que al no haber expidió el acto administrativo demandado carece de legitimación en la causa para comparecer en el presente asunto. Como mecanismo exceptivo propone: Falta de legitimación en la causa por pasiva

3. De los Alegatos de conclusión:

De este derecho hizo uso la parte la parte demandante y demandada y el Ministerio público conceptúo.

3.1 Parte actora: (FLS. 244-283).- Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda.

Asegura que, el reajuste del 20% es un derecho adquirido que se encuentra consagrado en el artículo primero, inciso segundo del Decreto 1794 del 2000, que establece el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985 y que posteriormente adquirieron la calidad de profesionales, e instituyó que recibirían como asignación un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%.

Aduce que, la ley 4433 de 2004 es clara en señalar los criterios a tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; por lo que considera que, CREMIL erró al efectuar la operación matemática afectando dos veces la prima de antigüedad, pues en su sentir contraría lo dispuesto en la normativa citada.

En relación con el 70% del subsidio familiar como partida de liquidación asegura que, el omitir su inclusión constituye una violación a principios y derechos constitucionales tales como la igualdad, la no discriminación, entre otros; se apoya en jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, para indicar que en virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse lo dispuesto en el decreto 1161 de 2014, en vez de lo establecido en el Decreto 1162 de 2014.

² Ver folio 59 a 64

³ Fls 187 a 198



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Arguye que, si bien es cierto el Decreto 4433 de 2004 enunció las partidas computables correspondientes a la asignación de retiro, también lo es, que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos en sus providencias han señalado que excluir a los soldados profesionales del reconocimiento del subsidio familiar y de la duodécima parte de la prima de navidad, no encuentra razón válida o razonable que justifique dicha excepción, por lo que en aras de salvaguardar sus derecho resulta procedente inaplicar por inconstitucional la mencionada disposición.

3.2 CREMIL (FLS. 284-291).

En sus alegaciones finales solicita se despache en forma desfavorable las pretensiones de la parte actora, para lo cual manifiesta que, los parámetros para liquidar la asignación de retiro contenidos en la ley 4433 de 2004 son idóneos y adecuados.

Se apoya, en pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, específicamente el 20 de noviembre de 2015, M.P. Amparo Oviedo Pinto, Radicado 11001333501720130055001, donde en relación con el alcance de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, indicó que es absolutamente claro al disponer que existe una prohibición legal de incluir algún emolumento que no se encuentre taxativamente establecido en la ley, para liquidar la asignación de retiro.

Advierte que, en el caso en concreto procede la aplicación del inciso primero del artículo 1 del decreto 1794 de 2000 que establece que la prestación salarial de los soldados profesionales corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%; conforme venía pagándose al demandante desde que estaba en servicio activo, por lo que, la pretensión incoada no es de competencia de CREMIL sino del Ministerio de Defensa quien realizó una incorrecta aplicación de la norma pluricitada.

3.3 Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional (FLS. 229-238).

Asegura que, no está legitimada en la causa para comparecer al presente proceso en calidad de demandado, por cuanto, en primer lugar, no expidió el acto administrativo demandado sino que fue otra entidad, y en segundo lugar, porque las pretensiones de la demanda versan sobre prestaciones devengadas en calidad de soldado retirado, circunstancia legal que le compete a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

En esa medida cita apartes de Jurisprudencia del Consejo de Estado para apoyar su posición que no puede endilgarse al Ministerio de Defensa responsabilidad alguna por la liquidación de la asignación de retiro del actor, ya que es evidente que los decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004 establecen los parámetros que debe observar CREMIL al momento de efectuar la respectiva liquidación.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

3.4 MINISTERIO PUBLICO (Fls 239 a 242)

En su concepto solicita se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda

4. De las Pruebas:

Se encuentra acreditado en el proceso con los medios de prueba documentales legalmente incorporados al mismo previa solicitud y decreto los siguientes hechos de la demanda:

1. Que a través de Resolución No. 1150 del 09 de febrero de 2015 se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Soldado Profesional (r) del Ejército ISIDRO MADERO OVEJERO, del cual se extracta que: (ver folios 3 a 5)

*Se tuvo en cuenta un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente aumentado en un 40%.

* Que, al Salario básico se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad, para posteriormente calcular el 70% para determinar el monto de la prestación.

2. Expediente Pensional – hoja de servicios No. 3-74865276 del 23 de enero de 2015, en el cual se encuentra la relación detallada de tiempos de servicio prestado por el demandante; en donde se evidencia que el actor presto sus servicios como soldado voluntario desde el día 01 de octubre de 1996, hasta el 31 de octubre de 2003, cuando cambió a categoría de soldado profesional.
3. Que, mediante escrito radicado ante CREMIL bajo el radicado No. 20150040889, el actor solicitó la inclusión del 20% adicional en la asignación de retiro, la reliquidación de la asignación de retiro sin computar dos veces la prima de antigüedad, el reconocimiento del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad. (fls. 6 a 17)
4. Que, CREMIL a través de acto administrativo No. OF. 34996 del 27 de mayo de 2015, negó lo solicitado. (fls.18 frente y vuelto)

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, y su autenticidad no ha sido controvertida.

CONSIDERACIONES.-

1. El Problema Jurídico

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que la entidad accionada realice el incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro, la reliquidación de la misma sin afectar o tomar dos veces porcentaje a la partida de la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

básica se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad, la inclusión del subsidio familiar en el 70% y de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro del mismo, pese a que el Decreto 4433 de 2004 no contempla estos factores en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

2. Tesis

2.1 Tesis de la parte actora: La entidad demandada omitió preceptos legales, constitucionales y jurisprudenciales a la hora de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, motivo por el cual deberá realizar su respectiva reliquidación, adicionando el 20% faltante al salario básico siendo éste tenido en cuenta para liquidar las demás partidas que se tengan en cuenta para la misma; de igual modo, realizará la correcta liquidación de la mencionada sin tomar porcentaje dos veces a la prima de antigüedad, e incluyendo esta vez el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad como partidas computables.

2.1 CREMIL: El demandante no tiene derecho al reconocimiento del 20% adicional en el salario básico, ni a la reliquidación de la asignación de retiro con la fórmula aducida por el demandante teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar, por cuanto el acto administrativo acusado se encuentra conforme el ordenamiento constitucional y legal. Además, la demanda incoada debió dirigirse contra el Ministerio de Defensa, dado que es este el ente encargado de tasar el monto por concepto de salario básico de los soldados profesionales.

2.2 Nación - Ministerio de Defensa: Considera que tiene legitimación en la causa para responder por las pretensiones de la demanda.

3. Conclusión:

El demandante tiene derecho a que la entidad demandada reajuste la asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello, el sueldo básico un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente incrementado en un 60%, con la inclusión del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad como partidas computables; de igual forma, a que dicha reliquidación se efectúe teniendo en cuenta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, tomando el monto resultante de aplicar el 70% al sueldo básico y adicionándolo con el 38,5% de la prima de antigüedad. Igualmente, que se disponga el pago de indexación sobre todos los valores adeudados, el pago de intereses de mora y condena en costas.

4. De los fundamentos legales y jurisprudenciales.-

Fundamentos Legales: Decreto 1794 de 2000, Decreto 4433 de 2004, Ley 923 de 2004, Ley 4ª de 1992, Ley 131 de 1985, Constitución Política, jurisprudencia del Consejo de Estado

Como quiera que el problema jurídico planteado abarca varios aspectos, se procederá a estudiar en forma individual cada aspecto jurídico para finalmente aterrizar en el caso en concreto.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

4.1 Del reajuste del 20%:-

La ley 131 de 1985, establece en su artículo 4º que quienes prestan sus servicios como soldados voluntarios devengarían una bonificación mensual que correspondería a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente incrementado en un 60%.

Posteriormente, con ocasión de la creación de la carrera de soldado profesional, el Decreto 1793 de 2000, dispuso que podrían vincularse en esa calidad, entre otros, quienes se hubieren incorporado como soldados voluntarios a la luz de la Ley 131 de 1985.

El artículo primero del Decreto previamente referido, establece el régimen de prestaciones y salario de los ahora nominados soldados profesionales en los siguientes términos:

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%)

De acuerdo con lo anteriormente citado, los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas militares a partir de su vigencia, recibirán una remuneración de un sueldo que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. Sin embargo, el inciso segundo de la misma disposición, hace la salvedad de que quienes se encontraban como soldados de acuerdo con la ley 131 de 1985, es decir, quienes al 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados como soldados voluntarios, devengarán un sueldo de un salario mínimo legal mensual vigente, aumentado en un 60%.

Es preciso advertir que, a pesar de que una vez realizado el cambio en la calidad de soldados voluntarios a soldados profesionales surgió el reconocimiento de las prestaciones sociales esgrimidas en el Decreto previamente referido, es un hecho que en lo que respecta a la asignación básica mensual, quienes estuvieran vinculados como soldados voluntarios en los términos de la ley 131 de 1985, y posteriormente se unieran en calidad de soldados profesionales, tendrían derecho a percibir un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Ahora bien, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, con Ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016, con radicación No. 85001333300220130006001 (3420-2015), estableció:

"En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴ en aplicación del

⁴ Ib.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁵ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁶ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁸ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁹ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos."

De otra parte, es preciso mencionar, que no existe disposición legal alguna que ordene o permita interpretar que quienes se encontraran vinculados a las Fuerzas Armadas como soldados voluntarios y que posteriormente pasaron a ser profesionales, tuvieran por asignación salarial mensual la misma que se dispuso para quienes se vinculaban como tales por primera vez, es decir, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

De lo anteriormente expuesto, es factible concluir que la acertada interpretación del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 consiste en que quienes ostentaban calidad de soldados voluntarios, y posteriormente adquirieron título de soldados profesionales, tienen derecho a percibir una asignación mensual equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%. Esto en razón la mencionada disposición respeta a los Soldados Voluntarios hoy profesionales, los derechos adquiridos en vigencia de la Ley 131 de 1985¹⁰.

4.2 De la doble afectación a la prima de antigüedad:

⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁶ Ib.

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Con respecto a la pretensión de la reliquidación de la asignación de retiro, dándole una correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debemos recordar que el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004, por medio de la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la Constitución Política.

Debemos entonces señalar que los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, establecen:

"ARTICULO 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."

...

*"ARTICULO 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. (Subraya fuera del texto)."*

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, en relación con la prima de antigüedad dispone que: *"cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)."*

Así las cosas, es menester mencionar que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ha tenido disímiles interpretaciones; lo que ha llevado al H. Consejo de Estado a pronunciarse con respecto a la interpretación que se debe dar a éste. De este modo, en sentencia del 29 abril de 2015, con ponencia del Honorable Consejero Dr. Gustavo Gómez Aranguren, se dijo:

"... 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



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

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. (...).

Los argumentos de la previa decisión fueron avocados por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado en sentencia de tutela del 11 de mayo de 2016, radicación 11001-03-15-000-2016-00822-00 con ponencia de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En ese orden de ideas, es claro que cuando la norma dicta que la asignación de retiro equivale al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, corresponde liquidar el 70% del salario mensual, y a este resultado sumar el 38.5% de la prima de antigüedad, el cual, también se toma del salario mensual.

4.3 Del subsidio familiar:

Sobre el presente aparte, deberá este Despacho considerar dos situaciones; la primera, si hay lugar a la inclusión de la partida computable de subsidio familiar dentro de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en virtud de la evidente vulneración que se efectúa sobre el principio de igualdad por reconocimiento de ésta partida en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales; la segunda, dependiente del resultado afirmativo de la primera, corresponde al porcentaje en el cual se le deberá reconocer al accionante la mencionada partida, teniendo en cuenta que existen dos disposiciones legales que establecen una distinción dependiente del escenario normativo en el cual se encuentre el soldado al momento de su retiro.

Con respecto a la primera, el artículo 1º de la Ley 21 de 1982 establece que el subsidio familiar "es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad."

Como ya es sabido, el Decreto 1794 de 2000 constituye el régimen salarial y prestacional del soldado profesional. En él, se instauró el derecho de éstos a percibir a más de la asignación básica y otras prestaciones, el subsidio familiar.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

El Decreto 4433 de 2004, en su artículo 5º dictó que, *“Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto”*. Sin embargo, el artículo 13 ibídem, dispone el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro para oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales. Sumado a esto, el párrafo del aparte en mención reza:

“Párrafo. 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.” (Subraya fuera del texto)

Así mismo, establece el artículo 16 de éste Decreto qué:

“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”.

De otra parte, la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-229 del 30 de marzo de 2011, se pronunció sobre el derecho a la igualdad y a la correcta aplicación de los regímenes especiales en los siguientes términos:

“(…) El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas (...).”¹¹

De conformidad con lo anterior, para determinar si una norma viola o no el principio de igualdad y si por consiguiente es discriminatoria y en consecuencia deberá retirarse del ordenamiento jurídico, es necesario establecer si dicha norma regula o no situaciones disímiles, para luego determinar si ese trato diferenciado es o no justificado o razonable.

De este modo, establece que los regímenes especiales guardan la finalidad de garantizar los derechos de cierto grupo de individuos que por sus condiciones especiales, necesitan un trato diferente al de los demás beneficiarios del sistema de seguridad social y su objetivo reside en *“la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”*. Con respecto a las Fuerzas Militares, la Constitución Nacional designó que el legislador determinaría su régimen prestacional especial¹².

¹¹ Sentencia C- 229, 30 de marzo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 Constitución Política de Colombia 1991.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

En ese orden de ideas, debido a que el Decreto 4433 de 2014 reglamenta los objetivos y criterios contenidos en la Ley 923 de 2004, donde se estableció que para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, el Gobierno Nacional debía tener en cuenta entre otros el derecho a la igualdad.

Es un hecho que éste principio se ve vulnerado, ya que el referido decreto hace una distinción ostensible de carácter normativo, dado que se desconocen el fin y la función del subsidio familiar, es decir, brindar apoyo a las cargas económicas que representa sostener la familia.

Adicionalmente, conforme a lo anterior, no se ha tenido en cuenta que los soldados profesionales cuentan con el ingreso más bajo de la escala salarial de los miembros de las Fuerzas Militares, por lo que se ha favorecido a quienes perciben una asignación de retiro mucho mayor y causando un perjuicio a quienes poseen menos recursos para satisfacer a cabalidad las necesidades de su familia.

Es entonces, en esta situación evidente que se está cercenando el derecho a la igualdad, dado que no existe una justificación válida por la cual los oficiales y suboficiales, que devengan un salario superior, cuentan con derecho a recibir la prestación aquí reclamada, teniendo en cuenta que los soldados profesionales son acreedores de ingresos mucho menores, y no se les ha reconocido derecho a recibirlo dentro de su asignación de retiro, obviando, que la esencia de tal prestación es beneficiar a las personas de bajos y medianos ingresos con el fin de proteger a la familia. Así las cosas, no puede excusarse el trato diferencial, pues este se contrapone a los fines de la Constitución, configurándose una flagrante violación a los principios de igualdad, equidad, solidaridad, universalidad, y en consecuencia un total destierro de la razón de ser del subsidio familiar. Una interpretación en contrario, vulnera los derechos de éste grupo de personas, máxime si se tiene en cuenta que perciben una asignación mensual menor.

Ante esta situación, es pertinente traer a colación el mandato consagrado en el artículo 4º de la Constitución Nacional, e inaplicar por vía de inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13, así como el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en atención a que violan principios constitucionales así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004. Ello a fin de poder incluir dentro de la asignación de retiro del actor, el subsidio familiar, ello por cuanto se encuentra acreditado que el actor percibía ésta prestación cuando se encontraba en servicio activo por tener un grupo familiar, el cual permanece actualmente.

Ahora, con respecto al porcentaje que deberá ser reconocido, existen dos disposiciones que regulan éste tema en dos situaciones específicas, la primera, corresponde al Decreto 1161 del 24 de junio de 2014¹³, por medio de éste, se creó, con una nueva fórmula, el subsidio familiar para los soldados profesionales que ingresaron por primera vez y por ende, no contaban con esta acreencia; adicionalmente, en su artículo quinto estableció que éste grupo de soldados tendría derecho a que

¹³ Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

se reconociera el pluricitado subsidio como partida computable en su asignación de retiro en un porcentaje del 70% así:

"Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan."

De otra parte, el artículo 1° del Decreto 1162¹⁴ de la misma fecha, reguló la misma situación para los soldados profesionales que devengaran el subsidio familiar en los términos de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, como lo es el caso del accionante, estableciendo que el mismo sería reconocido como partida computable dentro de la asignación de retiro en un 30%.

Con respecto a lo anterior, corresponde como se ha hecho previamente, estudiar si la norma es o no efectivamente violatoria del principio de igualdad, es decir, si el trato desigual contenido en la misma no se encuentra contenido en una justa causa y constituye una arbitrariedad que vulnere los derechos del accionante.

Ahora, como lo ha desarrollado en varias ocasiones la Corte Constitucional, es legítimo aplicar un trato desigual si se trata de supuestos diferentes. Se hace entonces necesario establecer si en el presente caso se presenta esta situación, para así mismo definir qué norma es aplicable en el mismo. Al respecto, la mencionada Corte estableció los criterios específicos que se deben tener en cuenta así¹⁵:

"La Corporación ha resaltado que el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación".

Así las cosas, si bien se hizo una ostensible distinción en el porcentaje aplicable al subsidio familiar para su reconocimiento dentro de la asignación de retiro de los soldados profesionales que ingresaron al Ejército Nacional por primera vez con respecto de quienes tenían establecido su régimen laboral y prestacional en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, éste lo hizo en aras de proteger el principio de igualdad, contrario sensu a lo que aduce la parte actora.

¹⁴ Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 2014, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ahora, ya que el Decreto 1161 de 2014 creó el subsidio familiar para los soldados voluntarios que no lo percibían, dispone también las reglas para su liquidación, pautas que difieren de las contempladas en disposiciones previas. Así mismo, también varía el resultado de la operación efectuada según lo ordenado por éste, siendo el valor a reconocer por concepto del subsidio familiar, menor al liquidado bajo el tenor de Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

En este sentido, en virtud del respeto de los derechos adquiridos, los soldados a los que se refiere el Decreto 1162 de 2014 perciben un subsidio familiar de mayor valor a los que se unieron con posterioridad al Ejército Nacional. De ese modo, si se les liquidara a ambos grupos de soldados el valor a tener en cuenta como partida de subsidio familiar dentro de la asignación de retiro, tomando el mismo porcentaje de lo percibido durante el periodo de actividad, se incurriría en una violación del principio de igualdad, ya que los primeros percibirían un valor mucho más alto que los segundos.

Considera entonces este Despacho que la distinción en el porcentaje es legal y justificado, pues se creó para establecer un equilibrio entre estos dos grupos de soldados, que si bien se encuentran en el mismo rango y cumplen las mismas funciones, fueron vinculados a las fuerzas armadas en diferentes momentos.

4.4 De la duodécima parte de la prima de navidad:

El artículo 5° del Decreto 1794 de 2000¹⁶ establece el derecho que tienen los soldados profesionales a percibir una prima de navidad anual, en los siguientes términos:

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

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

De otra parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁷ reza:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

¹⁶ Decreto 1794 de 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares

¹⁷ 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.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

PARAGRAFO: - 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."

Como se observa, este artículo establece las partidas computables para la asignación de retiro tanto para oficiales y suboficiales como para soldados profesionales, evidenciándose que la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad se reconoce únicamente a los primeros, lo que genera un trato discriminatorio sin justificación alguna, pues se cercenó este derecho a los soldados profesionales, quienes durante su periodo de actividad son acreedores del mismo como se refirió previamente.

Así las cosas, se tiene que no hay un precedente con respecto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, hecho que fue advertido por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima¹⁸ así:

"Ahora bien, en cuanto al reconocimiento en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad el H. Consejo de Estado no tiene una posición unificada que garantice la aplicación indubitable de este derecho, por lo que ésta Corporación, basada en los argumentos expuestos en la Sentencia de Unificación que indicó que el subsidio familiar sí es considerado como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, concluye que es procedente la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesiones por considerar, mutatis mutandi, que la situación jurídica resulta ser la misma."

En ese orden de ideas, se considera que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, contiene un trato discriminatorio frente a los soldados profesionales, pues no se halla justificación alguna en el hecho que sea partida computable en la asignación de retiro para oficiales y suboficiales, y no para los soldados profesional, quienes a nuestro juicio son personas que deben contar con una mayor protección por parte del Estado, en razón a las funciones que desempeñan, el nivel de compromiso para con el Estado Colombiano y la exposición constante a elevados riesgos; trato que sin lugar a dudas constituye una flagrante violación al principio de igualdad.

¹⁸ Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia del 04 de diciembre de 2017, M.P. José Aleth Ruiz Castro, Ref. Expediente No. 73001-33-33-004-2015-00327- 01



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Verificados los anteriores presupuestos, y como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, es menester adentrarnos en el fondo del asunto, por lo que se procede a decidir en los siguientes términos:

5. Del Caso concreto

Resulta entonces procedente indicar que, la parte actora pretende se condene a la entidad accionada al reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el 20% adicional al que tiene derecho; así como la inclusión de las partidas subsidio familiar en un 70% y la duodécima parte de la prima de navidad; y que se aplique correctamente el cálculo del valor de la partida y porcentajes que conforman la asignación de retiro, esto es, que al monto resultante de aplicar el 70% al sueldo básico, se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

De acuerdo con el material probatorio obrante el plenario se encuentra acreditado que: el accionante se desempeñó como: (i) soldado regular en cumplimiento de su deber de prestar servicio militar obligatorio, desde el 16 de junio de 1994 hasta el 10 de diciembre de 1995; (ii) soldado voluntario desde el 10 de enero de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003; y (iii) soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 16 de enero de 2015; luego, no hay duda de que su situación está cobijada por el inciso 2º del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁹.

Que, mediante Resolución 1150 del 9 de febrero de 2015 CREMIL reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro a favor del señor Isidro Madero Ovejero, efectiva a partir del 16 de abril de 2015; para tal efecto solo se tuvo en cuenta: el salario mensual vigente (decreto 2731 de 2014) aumentado en un 40%, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, para luego del valor obtenido calcular el 70% que corresponde a la asignación de retiro, se aplicó la siguiente fórmula:

$$\text{Asignación de Retiro (70\%)} = (\text{Salario Básico adicionado en un 40\%}) + 38\%(\text{Prima de Antigüedad})$$

Vale señalar que, no se le tuvieron en cuenta las partidas de subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad.

También se encuentra acreditado que, el 05 de mayo de 2015 el actor solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión del 20% adicional en la asignación de retiro, la reliquidación de la misma sin computar dos veces la prima de antigüedad, el reconocimiento del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, así como la actualización del derecho pensional y, la expedición de copia electrónica del expediente pensional. Mediante oficio 34996 del 27 de mayo de 2015, se despachó en forma negativa lo solicitado.

Bajo los anteriores supuestos, procede el despacho a pronunciarse frente a cada uno de los enunciados que conforman el planteamiento de problema jurídico, así:

¹⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Problema 1.- Reajuste de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el artículo 4 de la Ley 131 de 1986 y el inciso 2º del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, es decir, incrementado en un 60% su salario básico mensual; considera el despacho que, derecho conforme lo dispuesto por nuestro órgano de cierre en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda²⁰; el actor en su condición de ex soldado voluntario que paso a ser profesional tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia del 20%.

Ahora bien, no puede pasar por alto el despacho que dicha situación se produjo mientras se encontraba en servicio activo, por lo que en aras de salvaguardar el derecho a la igualdad el reajuste deberá hacerse desde el momento de su incorporación como soldado profesional, es decir, 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro conforme lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, reajustando el salario devengado en actividad en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en un 40%) por aquel que debía devengar conforme la anterior disposición, o sea un salario mínimo legal incrementado en un 60%; incremento que también afecta las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, subsidio familiar y las cesantías.

Efectuado lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional – ejército Nacional deberá modificar la hoja de servicios del actor en lo que tiene que ver con el porcentaje de las partidas computables a efecto de reliquidar la asignación de retiro; para con fundamento en lo allí señalado la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares proceda a reliquidar la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta la diferencia resultante del reajuste ordenado, mes a mes, pero a partir del reconocimiento de la asignación y en adelante, esto es, el 9 de febrero de 2015

Prevéngase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional que deberá efectuar los descuentos correspondientes para pensión y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá efectuar los descuentos correspondientes para salud, en los porcentajes establecidos en la ley.

Problema 2.- Es procedente reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el 70% de la asignación básica adicionado el 38.5% de la prima de antigüedad; considera el despacho que, conforme lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 4433 de 2004 le asiste el derecho al demandante de que CREMIL liquide su asignación de retiro aplicando correctamente la fórmula indicada.

Por tal razón, se ordenará a dicha entidad reliquidar la asignación de retiro del demandante sin afectar dos veces la prima de antigüedad; esto es, tomando el 70% del salario mensual incrementado en un 60% conforme se indicó en orden precedente y, a este resultado sumarle el 38.5% que corresponde al porcentaje de la prima de antigüedad, el cual valga recordar también se toma del salario mensual.

²⁰ Sentencia de Unificación No. CE-SUJ285001333300220130006001 de agosto 25 de 2016 del Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Problema 3.- Si es procedente inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, debe incluirse la partida subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la misma proporción que venía percibiendo mientras estaba en actividad.-

De acuerdo con lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se arriba a la conclusión que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley; en esa medida, al encontrar que existe contradicción entre el decreto que contiene dicho trato y la norma constitucional, con fundamento en la facultad contenida en el artículo 4 de la Constitución Política se inaplicara en el presente caso inaplicar por vía de inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004, motivo por el cual se reconocerá e incluirá el subsidio familiar dentro de la asignación de retiro del actor. Es pertinente advertir que, dicha partida corresponderá a un 30% de lo que percibía en actividad, pues como ya se dijo, la situación del señor Madero Ovejero se encuentra cobijada por el Decreto 1162 de 2014, el que cuenta con justificación legal y fáctica suficiente para contemplar un porcentaje distinto a aplicar con respecto al dispuesto en el Decreto 1161 del mismo año.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la inclusión como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, en garantía del principio de igualdad y acogiendo lo señalado por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima en un caso similar al que aquí nos ocupa, es viable, incluir como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales. Esto teniendo en cuenta que el actor percibía esta prestación cuando se encontraba en servicio activo, y que si bien en lo que respecta a los oficiales y suboficiales, les es tenida en cuenta en la asignación de retiro, no hay fundamento alguno que excluya justificadamente a los soldados profesionales de ésta acreencia, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión.

6 De la prescripción.-

El señor ISIDRO MADERO OVEJERO, reclama en la demanda el reajuste de su asignación de retiro con base en el incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro, la reliquidación de la misma sin afectar o tomar dos veces porcentaje a la partida de la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad, la inclusión del subsidio familiar en el 70% y de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro del mismo. Significa entonces que la norma vigente en materia de términos de prescripción, y por tanto aplicable es el artículo 174 de Decreto 1211 de 1990 que consagra el término de prescripción en cuatro (4) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que pretenden se declare la nulidad del acto administrativo contenido en los oficios No. 34996 del 27 de mayo de 2015 que resolvió en forma negativa la petición



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

presentada, el 5 de mayo de 2015; no obstante, como quiera que la prestación pensional fue reconocida a través de Resolución No. 1150 del 9 de febrero de 2015, resulta evidente que no opero dicho fenómeno.

Recapitulando lo dicho deberá decirse que a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a modificar la hoja de servicios del actor en lo que tiene que ver con el porcentaje de las partidas computables a efecto de reliquidar la asignación de retiro; para con fundamento en lo allí señalado la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares proceda a reliquidar la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta la diferencia resultante del reajuste ordenado, mes a mes, pero a partir del reconocimiento de la asignación y en adelante, esto es, el 9 de febrero de 2015. También serán reliquidadas, en el mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

Igualmente, CREMIL deberá reliquidar la asignación de retiro del actor incluyendo, además de las partidas reconocidas, el subsidio familiar en cuantía de 30% y la duodécima parte de la prima de navidad; así como liquidar correctamente la asignación de retiro reconocida mediante Resolución No. 1150 del 9 de febrero de 2015, esto es, conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al salario básico se aplica el 70% de que trata el Decreto 4433 de 2004, y una vez obtenido el porcentaje de dicha operación deberá adicionarse el monto que corresponde al 38.5% de la prima de antigüedad.

La diferencia que resulte entre lo pagado y lo dejado de pagar así como los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es 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.

Respecto a los intereses estos serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del CPA y de lo C.A.

7 CONDENA EN COSTAS



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la parte demandada y a favor del parte actora. Para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 3.1.2., del acuerdo 1887 de 2003. Por secretaría liquidense costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARESE la nulidad del acto administrativo OFICIO No. 34996 de fecha 27 de mayo de 2015, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL negó al demandante: i) el reajuste del 20% en la asignación de retiro, ii) la reliquidación de la asignación de retiro sin tomar dos veces porcentaje a la partida de prima de antigüedad, iii) la inclusión del subsidio familiar en un 70%, iv) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena: i) A la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a reajustar el salario y prestaciones sociales del señor ISIDRO MADERO OVJERO C.C. No. 74.865.276 desde el momento de su incorporación como soldado profesional, esto es, desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha en que le fue reconocida la asignación de retiro en los términos del inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, reajustando su salario en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en un 40%) por aquel que debía devengar conforme la anterior disposición, esto es, salario mínimo incrementado en un 60%. Efectuado lo anterior, procederá a modificar la hoja de servicios del actor en lo que tiene que ver con el porcentaje de las partidas computables a efecto de reliquidar la asignación de retiro; para con fundamento en lo allí señalado la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES proceda a reliquidar la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta la diferencia resultante del reajuste ordenado, mes a mes, pero a partir del reconocimiento de la asignación y en adelante, esto es, el 9 de febrero de 2015; (ii) A CREMIL reliquidar la asignación de retiro sin afectar dos veces la partida de prima de antigüedad, obedeciendo a la siguiente fórmula:

$$AR= 70\%(SALARIO BÁSICO) + 38,50\%(PRIMA DE ANTIGÜEDAD)$$

(iii) A CREMIL Reconocer, liquidar y cancelar la asignación de retiro del soldado profesional ISIDRO MADERO OVEJERO, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en un 30% y la duodécima parte de la prima de navidad.



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

TERCERO: Para el pago de las sumas que se lleguen a adeudar por concepto de esta sentencia, se aplicará la fórmula ya expuesta. Para tal efecto, y como quiera que estamos frente a pagos de tracto sucesivo, la actualización debe realizarse separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia desde el primer reajuste, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

CUARTO: Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del CPACA.

QUINTO: Condenar en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL y a favor de la parte demandante, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquidense las costas.

SEXTO: Expídanse las copias con destino a la parte demandante con las previsiones de que trata el artículo 114 del Código General del proceso las cuales serán entregadas al apoderado de la parte actora.

SEPTIMO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ

