



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

SENTENCIA

Sincelejo Sucre, julio 8 de 2013

Juez: MÓNICA MARLYN OTERO MIGUEL

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00040-00

Demandante: ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Medio de Control – acto acusado: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACTO ACUSADO: Oficio No 8128 de febrero 21 de 2012, que negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el actor, y el No 11855 de marzo 13 de 2012, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

Procede el Despacho a consignar por escrito la sentencia, de acuerdo a las voces del artículo 182, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, una vez se aprecia que no se presenta impedimento para proferir la decisión y la juez es competente, el asunto es de aquellos que corresponden a esta jurisdicción, no se presenta nulidad que invalide lo actuado, y se han agitado las etapas que preceden a esta sentencia.

En la etapa correspondiente se contrajo el litigio a determinar, si a liquidación de la asignación de retiro se hace aplicando el parágrafo primero o el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.

Otro punto que se dejo al debate consiste en precisar, si la asignación de retiro que debe devengar el señor ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA, debe ser liquidada aplicando el 70% sobre el resultado que arroja sumar a la asignación básica el 38.5% de la prima de antigüedad, o a contrario sensu, dicha solo se aplica el 70% de la asignación básica y a éste resultado es que se le suma el 38.5% de la prima de antigüedad.

Por último se estimó como asunto litigioso determinar si se debe incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados

profesionales, por cuanto todos los demás miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.

La tesis de la parte demandante es que como él se vinculo a la Armada Nacional como soldado voluntario antes de diciembre 31 de 2000 como infante de marina voluntario y luego pasó a profesional, el tiene derecho a que su asignación de retiro se le reconozca y liquide con el salario mínimo mensual legal vigente más un 6)% y se le incluya como partida computable el subsidio familiar, asignación que debe reconocerse en un 70% sobre la asignación básica así liquidada y sumar luego el 38.5% de la prima de antigüedad.

La tesis de la parte demandada es que la asignación de retiro del accionante es que la liquidación que se le hizo al infante de marina ONASIS HERRERA, se ciñó al Decreto 4433 de 2004 y al Decreto 1794 de 2000, que es el régimen especial de los infantes, ya que aquel remite al inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 que aumenta el salario mínimo a un 40% y el 70% debe aplicarse a la suma de todos los factores de liquidación porque así lo señala el artículo 16 del Decreto 1794 de 2000 y no hay lugar a que se incluya el subsidio familiar como computable porque el mismo no es contemplado como factor de liquidación por la ley para la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina.

El problema jurídico a resolver es determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro con base en el inciso 2º del artículo 1º de Decreto 1794 de 2000. Si el 70% se aplica resultado que arroja sumar a la asignación básica el 38.5% de la prima de antigüedad, o a contrario sensu, dicha solo se aplica el 70% de la asignación básica y a éste resultado es que se le suma el 38.5% de la prima de antigüedad; y si se debe incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro del demandante

La tesis que sostendrá el despacho es como no existe una razón que justifique que a los soldados e infantes de marina, a diferencia de otros retirados o pensionados, se le tome como base de la liquidación de la asignación de retiro, un valor diferente a lo percibido por ellos en servicio activo, la aplicación del inciso 1º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 viola los derechos fundamentales consagrados en el artículo 53 y 13 de la Constitución política, por lo que debe procederse a su inaplicación en el caso concreto.

Decantado lo anterior es pertinente someter a análisis los puntos objeto de controversia, para ello se abordará primero el estudio de la reglamentación de la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina.

Marco normativo que rige la asignación de retiro para Soldados e Infantes de Marina.

- Decreto 4433 de 2004:

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. (Subrayado del Juzgado)

- Decreto 1794 de 2000, artículo 1°:

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%)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Descendiendo al caso sub examine, del material probatorio recaudado se observa que el actor prestó sus servicios por espacio de 21 años 1 mes y 13¹ días, que su asignación de retiro le fue reconocida mediante Resolución No 5139 de 18 de octubre de 2011, esta prueba se obtiene de la resolución No. 5139 de 18 de octubre de 2011, documento que si bien fue aportado en copia simple, como

¹ Ver Resolución de asignación de retiro y oficio CREMIL 115429 (fls.2 a 12)

quiera que es un documento público proferido por la demandada y ésta en el ejercicio de su contestación no lo objeto y tampoco lo tachó, se le reconoce valor probatorio siguiendo el criterio auxiliar de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado en Sección 2ª, Subsección B, Consejero ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado 15001-23-31-2001-01577-01 (01343-09)², entre otros pronunciamientos.

Además se aprecia que el demandante se vinculó a las Fuerzas Militares antes del 31 de diciembre de 200, dado que para el 2011, es decir once años después el señor Onasis Herrera Monterroza había cumplido 21 años de servicios, lo se afirma al repara en la resolución 5139 de 2011 a la que se le reconoció valor probatorio en los términos anuncia en el párrafo que antecede.

En este escenario también se evidencia que la liquidación del demandante se hizo aplicando el 70% sobre el resultado que arroja sumar a la asignación básica de \$749.840, los \$288.688 que corresponden al 38.5% de la prima de antigüedad y no se tomó el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro. Los hechos anteriores están demostrados con documentos aportados en copia autentica por la demandada visibles a folio 191 expediente.

En efecto en el expediente milita original de uno de los actos censurados, el consecutivo 8128 (fl. 12, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales, Coronel Retirada Claudia Patricia Botero Ospina, en donde claramente se expone que para la liquidación de la asignación de retiro del demandante se tomó el salario mínimo del año 2011 por valor de \$535.600 y del 2012 por \$566.700, al que se le sumó el 40% en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433/2004 – al resultado del 140% del salario mínimo promedio de los años 2011 y 2012, se le sumó el 38.50 de la prima de antigüedad y luego se le aplicó el 70%; dando como resultado que la asignación de retiro del señor HERRERA MONTERROZA fuera de \$ 726.970 para el año 2011 y \$769.182 para el 2012.

De la anterior guisa, se tiene que la asignación de retiro del señor Infante de Marina Retirado ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA, fue liquidada sobre el 40% del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, lo que pareciere ajustarse a derecho, dado que se presentan una serie de remisiones normativas que parecen indicar la corrección de la liquidación; es así como el Decreto 4433 (Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la

² "(...) si la parte demandada solicitó que se tengan como pruebas los documentos públicos que él tienen en su archivo y fueron aportados copias simple por la parte demandante, estos tiene valor probatorio (...)"

163 y 158⁵, 1213 de 1990, artículos 100 y 104⁶, que regulan la asignación de retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares y de Policía, en la Ley 33 de 1985, artículo 1⁷, y en la Ley 91 de 1989, artículo 15.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

5

ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de 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 cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

⁶ **ARTICULO 100. BASES DE LIQUIDACION.** A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
- c. Prima de antigüedad.
- d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
- e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.

ARTICULO 104. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

⁷ Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

ARTÍCULO 14. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES EN ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1o. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

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.

CAPÍTULO II. APORTES PARA ASIGNACIÓN DE RETIRO

ARTÍCULO 17. APORTES DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.

17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

ARTÍCULO 18. APORTES DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

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

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

Obsérvese entonces que los aportes se aplican al salario percibido para la época en que se realiza el descuento o con destino a la pensión o asignación de retiro, por ende es la asignación percibida la que sirve de fundamento para reconocer y liquidar la asignaciones de retiro y pensiones.

En orden a lo anterior si en los demás regímenes se toma como base lo percibido no hay razón para que en el caso del demandante, quien como soldado vinculado antes del 31 de diciembre de 2000 percibía el salario mínimo más un 60% (inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000), al momento de retirarse se le liquide su asignación con una remuneración distinta a la que él percibía. La anterior situación constituye un trato discriminatorio del accionante dentro del sistema de seguridad social integral – pensión, que no se acompasa con los principio de progresividad y solidaridad del sistema.

Por consiguiente y para efectos de no propiciar y corregir la vulneración de derechos fundamentales constitucionales que se aprecia al aplicar el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 200º a la situación de retiro del demandante, dado el rango superlativo de la norma constitucional, se aplicará la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4º de la C.P. , en el caso concreto y con efectos inter partes se implicará el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y en su lugar se ordenará aplicar al accionante el inciso segundo de la norma en cita.

En lo que respecta a la interpretación que la demandada da la fórmula de liquidación de las asignaciones de retiro, se estima que ésta es errónea, debido a que cuando la norma señala el porcentaje de la asignación e retiro señala que esta es del 70% de la asignación básica y que es a éste 70% al que se le suma el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, entenderlo de otra forma introduce variaciones a la fórmula establecida por el legislador sin soporte legal visible.

No debe existir asomo de duda en cuanto a la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues expresa éste que la asignación mensual de retiro equivale al 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*. Es decir, que la adición opera con posterioridad al 70% de la asignación básica mensual, cosa distinta si el legislador expresara que la asignación mensual de

retiro equivale al 70% del resultado que arroje sumar a la asignación básica el 38.5% de la prima de antigüedad.

En lo que se refiere al subsidio familiar el Despacho considera que no se presenta ninguna discriminación, dado que contrario lo que sucede con la asignación básica que en todos los regímenes pensionales es la percibida, el legislador si ha tomado en cuenta diferentes factores de liquidación de las asignaciones o pensiones, tal es el caso de los Decretos 1045 de 1978, Ley 62 de 1985, Ley 100 de 1993, Decretos 1211, 1213 de 1990, 4433 de 2004, por consiguiente frente a el mismo no se aprecia violación a derechos constitucionales que lleven al despacho a inaplicar por vía de la excepción de inconstitucionalidad la norma que no incluye el subsidio familiar como partida computable.

Además no se acreditó mediante prueba idónea, que el señor ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA, tuviese hijos menores a su cargo.

Así las cosas, el Despacho declarará la nulidad del oficio 8128 de 21 de febrero de 2012 y ordenará, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, que se reliquide la asignación de retiro, sobre la base del S.M.L.M.V, adicionado en un 60%, así mismo, que el 70% solo se aplique a este valor y luego se le sume el 38.5% de la prima de antigüedad; esto desde el 18 de octubre de 2011, hasta la fecha, debidamente indexado, deduciéndose a todo esto lo efectivamente pagado.

Como antes se anunció, la suma que la entidad demandada le resulte deber al demandante, deberá indexarla conforme a lo establecido por el H. Consejo de Estado, de acuerdo a la formula:

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

En donde:

- R: Es el valor presente.
- RH: Es el valor histórico, que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hizo exigible la obligación (18 de octubre de 2011) hasta la fecha en que se refleje en nómina.
- Índice Final: Es el de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia.

- Índice inicial: Es el de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, mes por mes para cada mesada, por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo. Los intereses se pagaran en cuanto se den los supuestos contemplados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

COSTAS.

El artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 remite al código de Procedimiento civil para efecto de la condena en costas, estatuto que en el artículo 392 consagra que quien sea desfavorecido con el fallo será condenado en costas que incluyen gastos y agencias en derecho. Revisado el libro de gastos se aprecia que de los gastos consignados por el demandante se utilizaron para el proceso quince mil doscientos pesos (\$15.200), por lo que la condena en gastos se limitará a este monto.

Ahora bien en lo que respecta a las agencias en derecho como quiera que el Acuerdo 1887 de 2003, capítulo III establece que en los procesos de primera instancia con cuantía, como es éste, las agencias en derecho van hasta un 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, la tasación de los mismos considerando que la duración del litigio fue relativamente corta en comparación a otros procesos tramitados en esta jurisdicción, ya que se falló antes del año, la complejidad del proceso no es suma, las partes adoptaron una posición diligente y prudente encaminada a la defensa de los intereses que representan, que no se aprecia una actitud innecesaria o temeraria de la defensa, el despacho condena al pago de un 10% aplicado a lo que en efecto se vaya a pagar liquido al demandante por efecto de la condena impuesta en esta sentencia, luego de descontar los dineros correspondientes a las mesadas canceladas antes de cumplir con esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY:

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del oficio 8128 de 21 de febrero de 2012 y 11855 de 13 de marzo de 2012.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" que **INAPLIQUE** el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y reliquide la asignación de retiro del señor ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA, identificado con C.C. No 92'554.896, expedida en Corozal, en el sentido de tomar como base de liquidación de la asignación de retiro, el salario mínimo mensual legal vigente S.M.L.M.V., adicionado en un 60% de dicho salario mínimo, y a la suma resultante aplicar el 70% al que se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad; el resultado obtenido es lo que constituye la asignación de retiro del demandante desde el 18 de octubre de 2011

TERCERO. CÓNDENASE a CREMIL que a título de restablecimiento del derecho cancele al demandante, la diferencia que resulte luego de descontar al valor de la asignación de retiro liquidada en la forma que se ordena en el artículo 2º que precede, las sumas pagadas al demandante desde la fecha en que se realizó el primer pago de la asignación de retiro, debidamente indexada con la siguiente fórmula propuesta por el Consejo de Estado:

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

En donde:

- R: Es el valor presente.
- RH: Es el valor histórico, que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hizo exigible la obligación (18 de octubre de 2011) hasta la fecha en que se refleje en nómina.
- Índice Final: Es el de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- Índice inicial: Es el de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, mes por mes para cada mesada, por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo. Los intereses se pagaran en cuanto se den los supuestos contemplados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

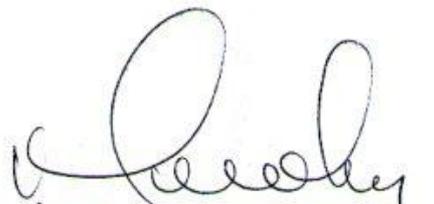
CUARTO: NO ACCEDER a la petición de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro del señor ONASIS JOSÉ HERRERA MONTERROZA.

QUINTO: CONDÉNASE en costas y agencias en derecho a la entidad demandada quien deberá pagar al demandante quince mil doscientos pesos (\$15.200), de gastos y un 10% aplicado a lo que en efecto se vaya a pagar líquido al demandante por efecto de la condena impuesta en esta sentencia, luego de descontar los dineros correspondientes a las mesadas canceladas antes de cumplir con esta sentencia, por agencias en derecho.

SEXTO. NOTIFÍQUESE esta sentencia en los términos del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia devuélvase al interesado o su apoderado o a quienes ellos autoricen, el remanente de los gastos del proceso, si los hubiere.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia **COMUNÍQUESE** a la entidad demandada por correo electrónico; ejecutoriada la misma se comunicará para que de cumplimiento.



MÓNICA MARLYN OTERO MIGUEL
Jueza