

JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA



Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	11001-33-35-009-2019-00093-00
Demandante	JUAN DIEGO GAONA PEREZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Asunto	SENTENCIA

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por Juan Diego Gaona Pérez contra CREMIL.

Antecedentes

1. La demanda y su contestación

1.1 Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), el accionante solicitó:

- “1º. Que se declare la nulidad del acto administrativo identificado con el **OFICIO 114831 DE FECHA 04-DIC-2018**, donde la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, negó: **1) La reliquidación de la prima de antigüedad; 2) La inclusión del subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad; 3) La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; al Soldado Profesional JUAN DIEGO GAONA PEREZ CC 7701955, en la asignación de retiro o mesada pensional.***
- 2º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la **prima de antigüedad** para el Soldado Profesional **JUAN DIEGO GAONA PEREZ CC 7701955**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004, sin tomar porcentaje en dos ocasiones.*
- 3º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer e incluir el **subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad** en la asignación de retiro para el Soldado Profesional **JUAN DIEGO GAONA PEREZ CC 7701955**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*

4º. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del Art. 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la **duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro**, en la asignación de retiro para el Soldado Profesional **JUAN DIEGO GAONA PEREZ CC 7701955**, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

5º. Que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del Abogado que representa al Soldado Profesional **JUAN DIEGO GAONA PEREZ CC 7701955**."

1.2 Fundamentos fácticos

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

- 1.2.1. Ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional.
- 1.2.2. Mediante Resolución 5335 de 30 de junio de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación mensual de retiro.
- 1.2.3. Para liquidar la asignación de retiro, Cremil tomó el sueldo básico, después la prima de antigüedad en un 38.50%, sumó las dos partidas y les sacó el 70%. Igualmente incluyó el subsidio familiar en un 30% de lo reconocido en actividad y no incluyó la prima de navidad que fue devengada en actividad.
- 1.2.4. El 13 de noviembre de 2018, el demandante radicó petición ante Cremil, en la que solicitó la reliquidación de su asignación de retiro así: i) Sin sacar doble vez porcentaje a la prima de antigüedad; ii) Incluyendo el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad e iii) Incluyendo la prima de navidad como factor pensional.
- 1.2.6. Cremil, mediante oficio identificado con el No. 114831 de 04 de diciembre de 2018, negó el reajuste solicitado.

1.3. Fundamentos de derecho

Invocó como violados los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 48, 53, 93 y 150 de la Constitución Política de Colombia, así como el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, las Leyes 1437 de 2011 y 923 de 2004; los Decretos 1793 de 2000, 1794 de 2000. 3770 de 2009, 4433 de 2004, 116 de 2004 y 1162 de 2014, entre otros.

Manifestó que Cremil para obtener el total de prima de antigüedad que se incluirá en la asignación de retiro, afecta dos veces la partida, lo cual es incorrecto, lo cual reforzó citando jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto.

En relación con el subsidio familiar, afirmó que con su regulación en un monto del 30%, para los soldados que devengaban esa partida conforme el Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, rompe el principio de igualdad, toda vez que, el Decreto 4433 de 2004 reguló un porcentaje para los Oficiales y Suboficiales, pero el Decreto 1162 de 2014, legisló otro tipo de subsidio familiar para los soldados, de tal manera que, por vía de excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1162 de 2014 y del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, deberá ordenarse el reconocimiento del subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad. Citó jurisprudencia sobre el tema.

Finalmente, en cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, señaló que esta prestación hace parte del salario, pero no fue considerada por el legislador extraordinario como partida computable para liquidar el derecho pensional de los soldados profesionales, como sí lo hizo con los oficiales y suboficiales; de tal forma, consideró que es viable la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en razón del trato discriminado de los soldados frente a los oficiales y suboficiales.

1.4. Escrito de contestación

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de contestación en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Manifestó que Cremil aplicó correctamente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, en lo referente a la prima de antigüedad, ya que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Sostuvo que el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en un porcentaje del 30%, disposición que fue plenamente cumplida por la Caja, tal como se puede evidenciar de la resolución de reconocimiento, por

tanto, y al estar dicha norma vigente en el ordenamiento jurídico, no se desvirtúa la presunción de legalidad.

Agregó que, no le corresponde a Cremil, efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la Fuerza Pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares tienen una disposición especial, los miembros de la Policía Nacional cuentan con otra y los soldados profesionales también tienen una regulación especial sobre la materia; debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales normas, y de no hacerlo estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; además el derecho a la igualdad solo se predica entre iguales, lo que no ocurre en el presente caso.

Por último, señaló que no existe fundamento para incluir y liquidar la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro del soldado profesional, pues existe prohibición expresa para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la Ley.

Finalmente, propuso la excepción de prescripción y solicitó que, en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda, no se le condene en costas ni agencias en derecho.

2. Trámite procesal

Con Auto del 06 de mayo de 2019 se admitió la demanda, luego mediante proveído del 27 de enero de 2020 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA; sin embargo, en virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, con proveído de 18 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

2.1 Alegatos de conclusión del demandante

El libelista en su escrito de alegaciones finales se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

Agregó que el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación del 25 de abril del 2019, Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez, con radicado 85001333300020130023701 radicado interno 1701-2016, unificó los criterios para la liquidación de la prima de antigüedad de los Soldados Profesionales con asignación de retiro, por lo que solicitó que se acceda a la pretensión de la correcta liquidación de la prima de antigüedad.

2.2 Alegatos de la entidad demandada

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Se centra en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro, en cuanto Cremil efectuó doble afectación a la partida computable correspondiente a la prima de antigüedad. Así mismo, si por vía de excepción de inconstitucionalidad se le debe incluir la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar en el 100% de lo reconocido al momento del retiro.

2. De lo acreditado en el proceso

El Despacho encuentra demostrados los hechos de la demanda con documentos públicos que se valoran según los artículos 246 y 257 del CGP, dentro de los cuales se resaltan:

2.1. Hoja de servicios del accionante, en la que consta que prestó sus servicios al Ejército Nacional, así: **i)** Soldado regular- Servicio militar del 08 de enero de 1997 al 31 de julio de 1998; **ii)** Soldado voluntario del 15 de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2003 y **iii)** Soldado profesional del 01 de noviembre de 2003 al 31 de mayo de 2017, habiendo cumplido el tiempo de alta el 31 de agosto de 2017. También se observa que, para la fecha de su retiro, devengaba los siguientes emolumentos: sueldo básico, el 58.50% de prima de antigüedad de soldado profesional y 4% de subsidio familiar.

- 2.2. Resolución 5335 de 30 de junio de 2017, en la que Cremil le reconoció al actor asignación de retiro, liquidada con el 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, efectiva **a partir del 31 de agosto de 2017.**
- 2.3. Petición radicada por el actor ante Cremil, el 13 de noviembre de 2018, en la que solicitó el reajuste de su asignación de retiro sin tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad e incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar en el mismo porcentaje devengado en actividad.
- 2.4. Oficio 114831 consecutivo 2018-114833 de 04 de diciembre de 2018, mediante el cual, la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, negó el reajuste pretendido por el accionante.

3. Marco normativo y jurisprudencial

Los aspectos para resolver se desarrollarán en el siguiente orden: **(i)** Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y del subsidio familiar como partidas computables dentro de la asignación de retiro; y **(ii)** Cómputo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

3.1. Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y del 100% del subsidio familiar como partidas computables dentro de la asignación de retiro.

En lo que atañe al *sub examine*, la Constitución Política de 1991, dispone:

“Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

(...)

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.”

En uso de las anteriores facultades, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar*

el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional/ y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

Dicha Ley fue reglamentada en el Decreto 4433 de 2004¹, que estableció la forma de liquidación de la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, incluyendo a los soldados profesionales, en los siguientes términos:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

- 13.1.1 Sueldo básico.
- 13.1.2 Prima de actividad.
- 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 6° 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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (Resaltado del Despacho)

“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.” (Destaca el Despacho)

Ahora bien, en relación con los aportes para asignación de retiro, dicho estatuto contempla:

¹ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

“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 1° 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 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° 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: (...)” (Resalta el Despacho)

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1162 de 2014, “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”, y consagró en su único artículo:

“A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”. (Negrilla del Despacho).

De la normatividad trascrita se concluye que, dentro del listado taxativo que trae el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no se encuentra prevista la doceava parte de la prima de navidad como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, como sí ocurre con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; sin que sea posible para la Caja de Retiro incluir ningún

emolumento diferente a los específicamente señalados.

Sumado a lo anterior, con el Decreto 1162 de 2014, se incluyó el subsidio familiar como factor de liquidación de las asignaciones y pensiones de aquellos soldados que consolidaron su derecho pensional a partir de julio de 2014, pero solo en un 30% y no en la totalidad de lo devengado al momento del retiro, como sí se encuentra dispuesto para Oficiales y Suboficiales.

Sobre el tema que nos ocupa, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), Magistrado Ponente: Dr. William Hernández Gómez, indicó:

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

(…) El siguiente cuadro evidencia las diferencias entre los aportes o cotizaciones que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución:

(…) A continuación, se muestra cómo las partidas computables para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, son aquellas respecto de las cuales se hicieron los correspondientes aportes:

Artículo 13. Partidas computables para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares	Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales 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. 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.	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.

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

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

En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

(...) En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
 - ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.
- (...)"

Y, en esa misma providencia, respecto de la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, el Máximo Tribunal, aclaró:

(...)
189. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio², el cual, a su vez, se vio reflejado en el

² Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017,

pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016³, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014⁴, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁵ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.
(...)

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) **Patrón de igualdad:** En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) **Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.**
(Negrillas y subrayas extra texto original)
(...)

radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

⁴ El test se aplica en nivel de intensidad leve, conforme lo sostenido por la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 015 de 2014, al señalar: «[...]La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[...]»

⁵ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

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

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. (Destacado fuera del texto original)
(...)

Extensión de la decisión que aquí se adopta
(...)

307. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de unificar jurisprudencia, causal prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y que además en ella se reconoce un derecho, la presente sentencia de unificación jurisprudencial es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica.

308. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:
(...)

309. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1 Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
- 1.2 Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.
2. **Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.**
3. **Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.**
(...)” (Resaltado fuera del texto original)

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en Sentencia de 31 de julio de 2019, dentro del expediente No. 25307-33-33-002-2017-00019-01, en relación con el subsidio familiar, agregó:

“(...) de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, la igualdad se predica entre iguales y para que proceda un cargo por vulneración de dicho principio, la condición esencial es que exista un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas situaciones de hecho.

Sin embargo, el anterior presupuesto no surge en el sub lite, pues al interior de las

Fuerzas Militares no es posible situar en un plano de igualdad al grupo de Soldados Profesionales respecto del grupo de Oficiales y Suboficiales, ya que se trata de categorías de servidores claramente diferenciables en cuanto a niveles, grados, tareas y responsabilidades asignadas, además el régimen de ingreso, ascenso, retiro, remuneración y prestaciones, se encuentra previsto en estatutos disímiles.

Aunado a ello, como lo ha indicado la Sala en pronunciamientos anteriores, la exclusión del subsidio familiar para el caso de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, resulta razonable, ya que de acuerdo con los artículos 17 y 18 del Decreto 4433 de 2004, dichos servidores no efectúan aportes para la asignación de retiro sobre el subsidio familiar, mientras que los Oficiales y Suboficiales sí lo hacen.”

Y en cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, dicha Corporación en Sentencia de 26 de febrero de 2020. Magistrado ponente: Dr. Samuel José Ramírez Poveda, dentro del expediente con radicado No. 25307-33-33-002-2017-00413-01, concluyó:

“(…) la negativa a incluir esta partida dentro de la asignación de retiro del actor, no configura una violación a su derecho a la igualdad frente a los Oficiales y Suboficiales, si se tiene en cuenta que los últimos sí efectuaron aportes para su asignación de retiro sobre dicho factor durante toda su relación laboral, conforme lo ordena el artículo 17 del Decreto 4433 de 2004, mientras que los Soldados Profesionales no. Además, el parágrafo del artículo 13 de este decreto, prohíbe en forma expresa adicionar partidas a las específicamente señaladas en la ley, para efectos de liquidar la asignación de retiro, y tratándose de la duodécima parte de la prima de navidad, no existe fundamento jurídico para inaplicar dicho mandato, que se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración, como para los administrados y los Jueces (Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos) (...)”

Descendiendo al caso *sub examine* está probado que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 20 años, 6 meses y 24 días; que para el momento del retiro se encontraba percibiendo el subsidio familiar por valor de \$193.651; y que la entidad demandada al liquidarle la asignación de retiro incluyó el 30% de la referida suma.

Así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, que dispone que el subsidio familiar se incluye en un 30% de lo devengado en actividad por este concepto, que es la norma vigente para el 31 de agosto de 2017, fecha de consolidación del derecho prestacional del demandante.

En consecuencia, por no estar contemplado en la Ley, no es posible acceder a las pretensiones de reajuste de la asignación de retiro del actor con inclusión de la doceava parte de la prima de navidad y el 100% del subsidio familiar por él devengado al momento del retiro del servicio.

3.2. Cómputo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

Sobre esta partida, en la citada Sentencia de unificación, el Consejo de Estado explicó⁶:

“(…)

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

*(Salario+ prima de antigüedad) * 70%=Asignación de Retiro
(…)*

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir.

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

(…)

⁶ Sentencia del 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado, Radicación 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

6. Reglas de unificación

253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:
(...)

6. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$
(...)”

En ese orden de ideas, conforme a la línea jurisprudencial de unificación antes trascrita, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares afectó indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro del actor, por lo que, en este punto, habrá de accederse a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, se aclara que la prima de antigüedad debe ser calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

4. Prescripción

Teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 31 de agosto de 2017, y el 13 de noviembre de 2018, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares su reliquidación, no hay lugar a declarar la prescripción de ninguna mesada, pues no transcurrieron más de tres años entre la fecha en que la obligación se hizo exigible y se presentó la reclamación.

5. Conclusión

Por consiguiente, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado, en cuanto le negó al actor el reajuste de la asignación de retiro, en los términos estrictamente dispuestos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, respecto a la forma de liquidar la partida computable de prima de antigüedad.

En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que reliquide la asignación de retiro reconocida al demandante observando para ello la fórmula de cálculo establecida en la trascrita

sentencia de unificación del Consejo de Estado que dispone la liquidación con el 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. Igualmente, se ordenará el pago de las diferencias causadas, a partir de 31 de agosto de 2017, debidamente actualizadas, en los términos previstos en el artículo 187 del CPACA, disponiendo el cumplimiento de la sentencia conforme a lo previsto en los artículos 192, 194 y 195 ibídem.

6. Condena en costas:

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 188, y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto las pretensiones se accederán solo parcialmente y además no se observa que la entidad encausada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR la nulidad **parcial** del oficio 114831 consecutivo 2018-114833 de 04 de diciembre de 2018, siguiendo los lineamientos de la parte considerativa.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), que reajuste la asignación de retiro del SP ® Juan Diego Gaona Pérez, identificado con c.c. 7'701.955, observando para ello la fórmula de cálculo establecida en la Sentencia de unificación del Consejo de Estado que dispone la liquidación con el 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) el **PAGO** de las diferencias que resulten del incremento ordenado, en forma indexada a partir del 31 de agosto de 2017 y a futuro, en los términos del CPACA.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.C.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos: elkinbernal79@hotmail.com y notificacionesjudiciales@cremil.gov.co.

Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

SEXTO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en one drive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO
JUEZA

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO
JUEZ

JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

2364/12

Código de verificación:

53882f35090fc8f4f880e01c458b945a1a121a1048d718c8915631acd88eb0a5

Documento generado en 15/03/2021 04:42:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>