



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, treinta (30) de septiembre de 2019

Radicado	08001333300620160027100
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	PEDRO EMILIO PEREZ PEREZ
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Pedro Emilio Pérez Pérez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

2.1. Pretensiones.

Pretende la parte demandante que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

- Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el oficio No. 0070020 consecutivo 2015-70021 de 30 de septiembre de 2015 expedido por CREMIL.
- Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, al reconocimiento y pago a favor del Demandante del Pago e inclusión en la asignación de retiro el subsidio familiar de conformidad, con el decreto 4433 de 2004 artículo 13 numeral 1.3.1.7; el reconocimiento y pago del incremento del S.M.M.L.V del 40% al 60% por indebida aplicación del inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000; La reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del decreto 4433 de 200; el pago e inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de la prima de navidad, aplicando en todo caso la prescripción cuatrienal.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.2. Hechos.

El Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

- El señor Pedro Emilio Pérez Pérez, estuvo vinculado al Ejército Nacional – Ministerio de Defensa durante más de veinte (20) años. Vinculación que estuvo regida por lo dispuesto en la ley 131 de 1985.

- Cumplido los requisitos legales, se procedió al retiro del servicio del señor Pedro Emilio Pérez Pérez, mediante resolución 2495 de 23 de mayo de 2011, la cual reconoció su asignación de retiro de la siguiente manera:

1. Liquidación de la asignación fue efectuada en base a 1 salario MMVL más el 40% y no en el 60%.

2. La prima de antigüedad lo hace en el 38.55 del 70%.

3. En dicha resolución no le fue incluido el subsidio familiar, y tampoco la doceava parte de la prima de actividad.

- El 23 de septiembre de 2015, el demandando presentó petición ante la entidad demandada solicitando que en la liquidación de la asignación de retiro, se le tuviera en cuenta el 60% sobre el salario mínimo legal y no el 40%, que se aplicara correctamente la fórmula del 70% y que se incluyera como partida computable el subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad. Así como el incremento de la prima de orden público al 25%, aplicando la prescripción cuatrienal.

- Con oficio No. (211) 000700200 de 30 de septiembre de 2015 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, no atendió favorablemente la solicitud.

2.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

Considera que el acto administrativo acusado, vulnera normas constitucionales como los artículos 2, 4, 6, 13, 23, 29, 25, 53, 90, y lo sustenta con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE- SUJ2 No. 3 del 25 de agosto de 2016, en la cual se dispuso que los soldados voluntarios incorporados posteriormente como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto del salario mínimo incrementado en un 60%.

Así mismo, trae a colación sentencias proferidas por el Consejo de Estado respecto a la prima de antigüedad del 38.5% que debe liquidarse sobre el 100% del salario básico y adicionarse el 70% de éste y no liquidarse el 38.5% del 100% del salario básico y

adicionarse al 100% de éste para luego aplicar el 70% sobre el total, ya que se estaría aplicando dos porcentajes diferentes para la liquidación de la prima de antigüedad, así como la debida inclusión del subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad.

2.4 Contestación

El apoderado de la entidad demandada al momento de contestar la demanda se opuso a todas pretensiones, arguyendo la legalidad de las actuaciones proferidas y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, proponiendo como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%; correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro; carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar; no configuración de violación al derecho a la igualdad para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad en la asignación de retiro de soldado profesional; prescripción; no configuración de falsa motivaciones en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fueras Militares; y no configuración de casual de nulidad.

2.5 Actuación Procesal

La demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2016¹ ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial. Por auto de 28 de noviembre de 2016² fue admitida, notificado el auto admisorio en debida forma a las entidades demandadas, que presentaron en tiempo sus respectivas contestaciones con la promoción de excepciones de fondo; a las cuales se dio traslado mediante fijación en lista el día 19 de julio de 2017.

Surtido el trámite de traslado, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 13 de diciembre de 2017³, quedando programada para el 1 de marzo de 2018, fecha en la que se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del ente demandado, en cuanto a la pretensión del reajuste de asignación de retiro, con base en el inciso 2 del artículo 1 de decreto 1794 de 2000, es decir el salario mínimo mensual vigente más el 60%. No accediendo a la vinculación del Ministerio de Defensa Nacional, por lo tanto declarándose inhibido para pronunciarse respecto de dicha pretensión.

Finalmente se ordenó prescindir de la audiencia de pruebas, por encontrarse pendiente una prueba documental, una vez ésta fuere allegada se daría traslado a la parte contraria por el término de 3 días, vencido dicho término se dispondría lo concerniente a la audiencia de

¹ Fls.17 y 35 del expediente

² Fls. 37-381 del expediente

³ Fl.77 reverso del expediente.

alegaciones y juzgamientos. Allegada la mencionada prueba, se le dio traslado por secretaria el 10 de abril de 2018, sin embargo obviando lo anterior el Despacho dispuso requerir a la parte demandada para que allegare la prueba solicitada, la cual una vez incorporada en el expediente se le dio traslado el 21 de junio de 2019, ordenándose mediante auto de 11 de julio de 2019 la presentación de alegatos, por encontrarse precluido el periodo probatorio.

2.6. ALEGACIONES

2.6.1. Parte Demandante.

La apoderada de la parte demandante presentó alegatos ratificándose en los fundamentos jurisprudenciales señalados con la demanda, solicitando se inaplique el decreto 4433 de 2004 artículo 16, por excepción de inconstitucionalidad, en razón al trato diferenciado entre los oficiales y suboficiales, así como el artículo 13 del mismo Decreto frente a la prima de navidad. Solicitando se despachen favorablemente las pretensiones.

2.6.2. Parte demandada: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, no presentó alegatos.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante este Despacho, en su concepto concluyó que para el caso concreto y una vez analizado el material probatorio obrante, le resulta claro que la asignación de retiro del demandante debe ser reliquidada con la debida inclusión del porcentaje del subsidio familiar, con el reajuste del 20%.

Que respecto a la prima de navidad no se evidencia como devengada por lo que no hay lugar a tal inclusión, debiéndose en consecuencia declarar la nulidad parcial de acto administrativo acusado y ordenar la reliquidación, declarando la prescripción cuatrienal con anterioridad al 23 de septiembre de 2015.

III. CONTROL DE LEGALIDAD.

El Despacho encuentra que no existen vicios que puedan acarrear nulidades, por lo que se da por satisfecho el control de legalidad que se debe ejercer una vez se ha agotado cada etapa del proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA

IV.- CONSIDERACIONES.

4.1. Problema Jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el día 21 de febrero de 2019, el problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar si tiene derecho el señor Pedro Emilio Pérez Pérez, al reajuste de la asignación de retiro aplicando la fórmula establecida en artículo 16 del Decreto 1133 de 2004, con inclusión del subsidio familiar, la doceava parte de la prima de navidad y la prima de orden público sobre su asignación básica del 25%.

4.2. Tesis.

Como se expondrá en líneas posteriores, para este Despacho se logró desvirtuar de forma parcial la presunción de legalidad que recae sobre el oficio No. 0070020 consecutivo 2015-70021 de 30 de septiembre de 2015 expedido por CREMIL, por cuanto la misma se ajustó parcialmente a las normas legales y al precedente jurisprudencial aplicable al presente asunto, no siendo procedente hacer el reconocimiento de partidas en la asignación de retiro de los soldados profesionales que no estén señaladas en el decreto 4433 de 2004. De otro lado, el actor si tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro aplicando la fórmula establecida en artículo 16 de decreto 1133 de 2004, en debida forma es decir: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

4.3. Marco normativo y jurisprudencial.

El Despacho considera pertinente, hacer un breve análisis de la normativa aplicada a la actora al momento del reconocimiento de la pensión.

El Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 estableció las partidas computables que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, el cual contempla:

“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 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.

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.

El Consejo de Estado, en varias sentencias había sostenido que el no incluirse en la asignación de retiro de los soldados profesionales, las partidas reconocidas a los oficiales y suboficiales señaladas en el precitado artículo, constituía un trato diferenciado sin justificación razonable que redundaba en una flagrante violación del principio de igualdad⁴.

Lo anterior con fundamento en lo estipulado en el inciso 2º del artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala que *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”*, así como lo consagrado en el artículo 53 ibídem, que dispone que, en materia laboral, el Congreso de la República debe legislar con observancia de los principios mínimos fundamentales, como el de igualdad de oportunidades para los trabajadores⁵.

Sin embargo, dicho precedente jurisprudencial ha cambiado debido a la expedición de la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-52-2019 referente a la asignación de retiro de los soldados profesionales, su régimen y las partidas computables de dicha asignación, la cual es de obligatoria aplicación para esta judicatura, toda vez que las reglas de unificación contenidas en dicha sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión, tanto en vía administrativa como en vía judicial.

En dicha sentencia, de los argumentos expuestos por esta corporación, se extrae claramente que las diferencias señaladas en las partidas computables entre la asignación de retiro de los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, no constituye vulneración del derecho igualdad. Se precisó:

“En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la

⁴ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

⁵ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

Así las cosas frente a las diferencias establecidas entre las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales, y los soldados profesionales manifestó que tiene que ver con lo recibido y cotizado en época de servicio. Al respecto indicó:

“Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales”

Y concluyó:

“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”.

No obstante, para precisar lo anterior el Consejo de Estado se dispuso a realizar el test de igualdad para evidenciar si en efecto había una afectación a dicho principio constitucional⁶:

“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 2014 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 2013, 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.

Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁷ 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.

A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr

⁶ Ibidem

⁷T-530 de 2002, T-1 19 de 2001, T-540 de 2000. T-1 17 de 2003, C-1 110 de 2001

la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

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.

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:

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

Así las cosas, en cumplimiento a lo expuesto, los Decretos 1161 y 1162 de 2014 han incluido el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, que adquieran el derecho posterior a la fecha de expedición de dicha norma.

4.4. Caso Concreto

4.4.1. Lo probado en el proceso.

- Al señor Pedro Emilio Pérez Pérez se le reconoció y pagó asignación de retiro mediante resolución No. 2495 de 23 de mayo de 2011 (Fls.67-68).

- El actor prestó el servicio militar desde el 13 de diciembre de 199 a 31 de mayo de 2011. (Folio 66)

- En su asignación de retiro se le reconoció las siguientes partidas:

En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 33 de 2011 numeral 13.2.1 y decreto 1794 de 2000 artículo 1. Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5% de la prima de antigüedad)

- Que mediante resolución 11354 de 2018 se ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro del actor a partir del 25 de octubre de 2014 (folio 161-163).

4.5. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Con fundamento en las normas y jurisprudencia previamente expuestas, y de las pruebas obrantes en el proceso, el Despacho advierte que al momento de retiro del servicio del señor Pedro Emilio Pérez Pérez, esto es el 23 de mayo de 2011, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 señalaba que las partidas computables para la asignación de retiro era únicamente las así contenidas, es decir el salario básico y la prima de antigüedad, siendo el subsidio familiar, la prima de navidad y la prima de orden público excluida de la mencionada asignación.

En sentencias anteriores en sede de tutela y sede jurisdiccional, se estaba inaplicando parcialmente el citado artículo, en razón a que los operadores judiciales consideraban que si los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares recibían partidas en la asignación de retiro, diferente a los soldados profesionales, éstos también deberían recibirla en razón al principio de igualdad. Por lo cual, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se ordenaba la inclusión de dicha partida.

No obstante, el máximo tribunal de esta jurisdicción ha unificado jurisprudencia sobre el tema, cambiando el precedente para los operadores que inaplicaban parcialmente dicho artículo, señalando, en consonancia con la Corte Constitucional que el principio de igualdad debe verse con relación al de progresividad, y que frente a este tema con la evolución legislativa se ha observado avances en materia de garantías para los soldados profesionales:

Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁸ 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.

A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

⁸T-530 de 2002, T-1 19 de 2001, T-540 de 2000. T-1 17 de 2003, C-1 110 de 2001

Tal como en efecto se ha hecho con el subsidio familiar que en aplicación al principio de progresividad en los Decretos 1161 y 1162 de 2014 se incluyó éste como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo tanto para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con posteridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar es partida computable para la liquidación de la mencionada prestación, no siendo así para aquellos que causaron el derecho con anterioridad a esta fecha, toda vez que no estaba definido en la Ley o Decreto. Situación que se configura en el presente caso toda vez que para el actor se causó el derecho con anterioridad al mes de julio de 2014.

En conclusión, para esta judicatura no es procedente hacer reconocimiento de partidas en la asignación de retiro de los soldados profesionales que no estén señaladas en el Decreto 4433 de 2004.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004. CÓMPUTO DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

De otro lado, respecto a la reliquidación correcta respecto al 70% del salario básico adicionado en el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad indicado en el artículo 16 del decreto 1133 de 2004, el Despacho observa que en el acto de reconocimiento de asignación de retiro, es decir, la resolución 2495 de 23 de mayo de 2011, y la Hoja de servicio No. 3-881444406 de octubre 5 de 2017, que acompaña la Resolución No. 11354 de 2018 de 17 abril de 2018, en la cual se ordena el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable, para la liquidación de la asignación de retiro tienen como partida computable:

- El sueldo básico que es liquidado teniendo en cuenta el salario mínimo del 2011 (fecha de retiro) más 60 %.
- La prima de antigüedad del 38.5% sobre el total del sueldo básico.

Y sobre el resultado de la sumatoria de dichas partidas aplican el 70%, para el monto de la asignación de retiro, realizando así una indebida liquidación del artículo 16 del decreto 1133 de 2004.

Frente al tema el Consejo de Estado indicó:

“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.”

Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma: (Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

Por consiguiente, esta judicatura dispondrá ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, dar la debida aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y liquidar la asignación de retiro del señor Pedro Emilio Pérez Pérez de la siguiente forma: *(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.*

Sobre el particular se advierte que los valores que resulten adeudados serán ajustados en los términos del 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= RH \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo que corresponde a lo dejado de percibir, por 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, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Prescripción

Frente al fenómeno de la prescripción cuatrienal⁹ el Despacho observa que entre la fecha en que se reconoció la asignación de retiro, esto es, 23 de mayo de 2011, y aquella en que se radicó la petición, 23 de septiembre de 2015, transcurrieron más de cuatro años, los valores generados con la presente decisión se encuentran prescritos desde 23 mayo de 2011 hasta el 22 de septiembre 2011.

4.6. Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta que no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta, dilación sistemática del trámite o en deslealtad, máxime cuando la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

⁹ El derecho se deriva del Decreto 1211 de 1990, artículo 174, razón por la cual aplica este fenómeno prescriptivo.

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

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE parcialmente la Nulidad del oficio No. 0070020 consecutivo 2015-70021 de 30 de septiembre de 2015 expedido por CREMIL, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia, respecto a la debida aplicación del artículo 16 del decreto 4433 de 2004, en consecuencia **ORDÉNESE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, liquidar la asignación de retiro del señor Pedro Emilio Pérez Perez de la siguiente forma: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

SEGUNDO: DECLÁRESE la prescripción de los valores resultantes en la presente condena correspondientes al período desde 23 mayo de 2011 hasta el 22 de septiembre 2011.

TERCERO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: DECLÁRESE no probada la excepción de fondo propuesta por la parte demandada: *correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro*.

QUINTO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

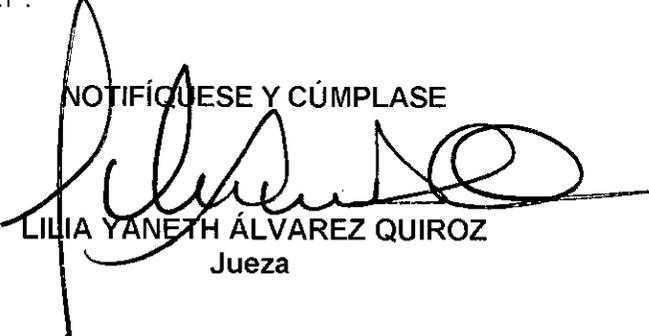
SEXTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

SÉPTIMO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A. y C.A.

OCTAVO: Notifíquese personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho.

NOVENO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

Jueza