



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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)-

|                  |                                                             |
|------------------|-------------------------------------------------------------|
| Radicado         | 08-001-33-33-006-2017-00381-00.                             |
| Medio de control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho.                     |
| Demandante       | SAMUEL ANTONIO DIAZ OLEA.                                   |
| Demandado        | Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" |
| Juez (a)         | LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ.                                |

1.- Pronunciamiento.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por el señor Samuel Antonio Díaz Olea contra la Caja de Sueldos 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:

2.- Antecedentes.

2.1. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad de los Oficios Nos.003975 de 7 de febrero de 2017, 0024912 de 12 de mayo de 2017 y 0038806 de 7 de julio de 2017 en virtud de los cuales la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" negó la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el señor Samuel Antonio Díaz Olea.

- Como consecuencia de la anterior declaración:

a) se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a **reliquidar la asignación de retiro** devengada por el señor Samuel Antonio Díaz Olea, desde el 5 de abril de 2016, -fecha de su retiro del Ejército Nacional-, en sentido que sea calculada correctamente con la inclusión del factor salarial de la **prima de antigüedad** sin más deducciones porcentuales, que su equivalencia del 38.5% sobre la que se venía devengando antes del retiro, conforme lo establecido por el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 en concordancia con lo consagrado por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto No.1794 del 14 de septiembre de 2000.

b) Se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a **reliquidar la asignación de retiro** devengada por el señor Samuel Antonio Díaz Olea, desde el 5 de abril de 2016, -fecha de su retiro del Ejército Nacional- con el fin de que sea

calculada correctamente teniéndose como base de liquidación, el **Salario Mínimo Legal Vigente aumentado en un 60%** conforme lo reconoce el artículo 1º del Decreto No. 1794 del 14 de septiembre de 2000 y la Ley 131 de 1985.

c) Se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a **reliquidar la asignación de retiro** devengada por el señor Samuel Antonio Díaz Olea, desde el 5 de abril de 2016, -fecha de su retiro del Ejército Nacional- con el fin que sea calculada correctamente con la inclusión de los factores salariales de **prima de antigüedad, prima de navidad y subsidio familiar**, en los porcentajes establecidos por el art.13 del Decreto 4433 de 2004.

- Que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de Salario Mensual desde el 5 de abril de 2016 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

- Que se ordene el pago de los intereses moratorios, sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los anteriores numerales, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA.

- Que se condene en costas a la entidad demandada.

## **2.2. Hechos.**

- Que el señor Samuel Antonio Díaz Olea ingresó a la Armada Nacional a partir del 4 de febrero de 1995 a prestar su servicio militar obligatorio, al cabo de los cuales fue aceptado por el Ejército Nacional a partir del 19 de julio de 1996, como **soldado voluntario** de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985.

- A partir del 1º de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro y que estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

- Que el actor durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, el cual le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.

- Que el señor Samuel Antonio Díaz Olea después de más de 20 años de servicios, fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional hasta el 5 de enero de 2016, estando asignado al Grupo Aeronaval del Caribe con sede en la ciudad de Barranquilla.
- Que mediante Resolución No.1531 de 3 de marzo de 2016 le fue reconocida al señor Samuel Antonio Díaz Olea, su asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".
- Que el 20 de enero de 2017 con el No. 3021, radicó un derecho de petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, donde fue solicitado el reajuste de la asignación de retiro, por no haber sido incluidos como factores salariales de liquidación, el subsidio familiar, la prima de navidad y la prima de antigüedad, tomados con base del salario mínimo mensual incrementado en un 60%.
- Que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares a través del Oficio No.003975 de 7 de febrero de 2017 dio respuesta al derecho de petición elevado el 20 de enero de 2017, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la vía administrativa.
- Que mediante escrito de 22 de febrero de 2017 el señor Samuel Antonio Díaz Olea interpuso reposición y en subsidio apelación contra el Oficio No.003975 de 7 de febrero de 2017.
- Que la inconformidad fue desatada a través de Oficio No.0024912 de 12 de mayo de 2017, confirmando lo resuelto en el oficio objeto de recurso.
- Que el 13 de junio de 2017 presentó un nuevo derecho de petición, solicitando el reajuste de su asignación de retiro, el cual fue contestado a través de Oficio No. 0038806 de 7 de julio de 2017, no accediendo a lo pedido.

## **2.3. Alegatos.**

### **2.3.1. Parte Demandante.**

La apoderada judicial del señor Samuel Antonio Díaz Olea<sup>1</sup> presentó alegatos de conclusión a través de memorial de 26 de abril de 2019<sup>2</sup>, insistiendo en las pretensiones de la demanda. Para lo cual elaboró ejercicios de liquidación de los distintos factores salariales con los que habría de calcularse correctamente la asignación de retiro de su representado

---

<sup>1</sup> Doctora Carmen Ligia Gómez López.

<sup>2</sup> Fls.183-188.

atendiendo las previsiones normativas que invocó y la Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, proferida por la Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

#### **2.3.2. Parte demandada: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.**

Dejó vencer la oportunidad sin pronunciarse.

#### **2.4. Concepto del Ministerio Público.**

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante este Despacho no rindió concepto dentro del presente asunto.

### **3.- 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 C.P.A.C.A.

### **4.- Consideraciones.**

#### **4.1. Problema Jurídico.**

De acuerdo con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 2 de octubre de 2018, el problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar si:

*¿Si los Actos Administrativos contenidos en los Oficios Nos.0003975 del 7 de febrero de 2017, 0024912 del 12 de mayo de 2017 y 0038806 de 7 de julio de 2017 emanados por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) se encuentran o no ajustados a la legislación aplicable para calcular en su justa estimación, la asignación de retiro devengada por el señor Samuel Antonio Díaz Olea, con la inclusión de la prima de antigüedad, prima de navidad y el subsidio familiar? En consecuencia de ello, -a título de restablecimiento del derecho-, sería procedente ordenar el reajuste de dicha prestación?*

#### **4.2. Tesis.**

El Despacho sostendrá la tesis que el señor Samuel Díaz Olea, tiene derecho a que le sea reliquidada su asignación de retiro, en cuanto la aplicación correcta de los porcentajes para el cálculo de los factores salariales de *prima de antigüedad* y *prima de navidad*, no así en lo que refiere al incremento del factor salarial del *subsidio familiar*, toda vez que al resultarle aplicable el Decreto 1162 de 25 de junio de 2014, solo le puede ser reconocido el porcentaje del 30% de lo que recibía al momento de su retiro, conforme a las sub-reglas prefijadas en la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-52-2019 del Consejo de Estado.

#### **4.3. Lo probado en el proceso.**

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

A folio 141 del expediente obra copia de la hoja de servicios No. 4-78742602 a nombre de Samuel Antonio Díaz Olea, expedida el 15 de febrero de 2016 por la Dirección de Personal de la Armada Nacional en la que se indican las partidas computables para la asignación de retiro del demandante entre las que se encuentran el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

En la misma hoja de servicios obra una relación con los tiempos de servicio prestados por el demandante, así: servicio militar desde el 4 de febrero de 1995 hasta el 15 de julio de 1996; infante voluntario desde el 19 de julio de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003 e infante profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 5 de enero de 2016; por lo tanto, la norma aplicable en este caso corresponde al Decreto 1794 de 2000.

Igualmente se anexa a folios 13 a 14 la *Resolución No.1531 de 3 de marzo de 2016*, «por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Infante de Marina profesional de la Armada Samuel Antonio Díaz Olea» a partir del 5 de abril de 2016, en cuantía del 70% del sueldo básico mensual correspondiente a su grado en todo tiempo, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad.

A folio 18 se observa certificación de partidas computables expedida el 30 de enero de 2017 por el área de Atención al Usuario de CREMIL, a nombre del señor Samuel Antonio Díaz Olea en la que figura el 70% del Sueldos básico, conformado por un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, a lo cual se adiciona la prima de antigüedad la cual se computa aplicando el 38.5% al equivalente del 70% del sueldo básico.

Así mismo, figura entre las partidas computables el subsidio familiar, la cual resulta de aplicar el 30% a la suma del 4% del sueldo básico más el 58.5% del mismo.

Finalmente, a folios 175 a 176, el Juzgado da cuenta de la Resolución No.14127 de 28 de mayo de 2018, por medio del cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la asignación de retiro del demandante.

#### **4.3. Marco normativo.**

##### **4.3.1. Partidas computables para liquidar la asignación de retiro del personal de las fuerzas militares.**

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.*

**4.3.2. Marco Jurisprudencial.**

Partidas computables para calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales.<sup>3</sup>

*“(…) Partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación Problema jurídico 1: ¿Cuáles son las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales? Tesis 1: “[L]as partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «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». [...] [L]os 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. [...] [T]anto 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. [...] 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*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 85001-33-33-002- 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ-SII-015-2019.

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. 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. [...] 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.(...)"

Liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales.

*Asignación básica para la liquidación Problema jurídico 3: ¿Cuál es la asignación básica a tener en cuenta para calcular la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales? Tesis 3: "[L]a asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. [...] [L]a asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*

#### **Subsidio familiar como partida Computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales<sup>4</sup>**

*"Es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional<sup>5</sup>, el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral<sup>6</sup> y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar"*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Sentencia SUJ-015-CE-52-2019, veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

<sup>6</sup> En la providencia en mención, se citó: <(La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993

Obsérvese la evolución normativa del subsidio familiar realizada por el Consejo de Estado en la citada sentencia, en razón al principio de progresividad, para establecer así su aplicación:

*“La Ley 21 de 1982<sup>7</sup> concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2) ...En su artículo 13 precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que les confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio.*

*Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 por medio del cual se derogó la anterior disposición, dejando a salvo el subsidio familiar para quienes la venían recibiendo. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017<sup>8</sup>, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.*

*Ahora bien, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>9</sup>, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014, e incluyó con su artículo 5 el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo.*

*Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *El Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida*

*Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

*En conclusión 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*

<sup>7</sup> Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL

<sup>9</sup> «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones

*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<sup>141</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida”.*

Así mismo, es menester referirse a la valoración realizada por el Consejo de Estado respecto a los principios de igualdad y progresividad, que concurren en el presente asunto, la cual determinó la posición actual de dicha Corporación en la sentencia SUJ-015-CE-52-2019, frente al tema:

*“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 unánime<sup>10</sup> 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 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*

<sup>10</sup>T-530 de 2002, T-1 19 de 2001, T-540 de 2000. T-1 17 de 2003, C-1 110 de 2001

*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.*

*De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad<sup>11</sup> a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

*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.*

De lo expuesto es claro establecer que el subsidio familiar es una partida o emolumento que ha sido creado para ayuda del sostenimiento familiar y su exclusión de la asignación de retiro para los soldados profesionales no es constitutivo de violación del principio de igualdad en la medida que la Constitución Política permite una diferenciación en algunas circunstancias y en tanto, que dicho principio en el presente caso no puede verse aislado, sino en concurrencia con el principio de progresividad, observándose que este último ha sido aplicado al derecho de subsidio familiar de los soldados profesionales como vimos en la evolución normativa de dicho derecho, logrando la inclusión de dicha partida en la asignación de retiro de los soldados profesionales a partir de junio de 2014, de conformidad con los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

Es por ello que el Consejo de Estado dispuso que dicha partida solo debe ser reconocida en virtud de dichos decretos, y no es aplicable a los soldados cuyo retiro se efectuó antes de su promulgación.

#### **4.3.4. Conclusión.**

Así las cosas se declarará la nulidad de los Oficios Nos.003975 de 7 de febrero de 2017, 0024912 de 12 de mayo de 2017 y 0038806 de 7 de julio de 2017 a través del cual se negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante, emitidos por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por

---

<sup>11</sup> R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.»- Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

lo que se ordenará el reajuste de la asignación de retiro tomando en cuenta como sueldo básico, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60%, realizando el respectivo ajuste de la prima de antigüedad aplicando el cálculo en debida forma, esto es determinando el 38.5% de la prima de antigüedad frente a la totalidad del sueldo básico y no frente al 70% de este, además de incluir como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad.

Las sumas que resulten a favor del demandante, se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la 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.

#### **4.3.5. Prescripción de los derechos reclamados.**

Teniendo en cuenta que el señor Samuel Antonio Díaz Olea realizó la solicitud de reajuste de su asignación de retiro el 20 de enero de 2017 mediante escrito, esto según se avizora a folios 6 a 7 del expediente, y dicha asignación fue reconocida a partir del 5 de abril de 2016, no se aprecia la configuración del fenómeno de prescripción cuatrienal, por lo que las diferencias entre las mesadas que se deberán reconocer de conformidad con esta providencia, se pagarán a partir del 5 de abril de 2016 en forma indexada.

#### **5. Costas.**

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo 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.

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,

## **6.- FALLA**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad del **Oficio No.003975 de 7 de febrero de 2017** a través del cual, que se dio respuesta a la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del señor Samuel Antonio Díaz Olea, formulada el 20 de enero de 2017; declarar la nulidad del **Oficio No. 0024912 de 12 de mayo de 2017** por medio del cual, fue resuelto el recurso de reposición subsidiario de apelación promovido por el señor Samuel Antonio Díaz Olea contra el Oficio No.003975 de 7 de febrero de 2017 y, declarar la nulidad del **Oficio No. 0038806 de 7 de julio de 2017** por el que se dio respuesta al derecho de petición de reajuste de la asignación de retiro de 13 de junio de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho –**CONDENAR**- a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL a reajustar y pagar la asignación de retiro reconocida al señor Samuel Antonio Díaz Olea, tomando en cuenta como sueldo básico el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60% y realizando el respectivo ajuste de la prima de antigüedad aplicando el cálculo en debida forma, esto es determinando el 38.5% de la prima de antigüedad frente a la totalidad del Sueldos básico y no frente al 70%, ello en atención a las consideraciones precedentemente esbozadas.

**TERCERO: INAPLICAR PARCIALMENTE** el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 y como consecuencia se **ORDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, incluir como partida computable en la asignación de retiro del señor Samuel Antonio Díaz Olea, la *duodécima parte de la prima de navidad*.

**CUARTO:** 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.

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

**SEXTO:** Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA.

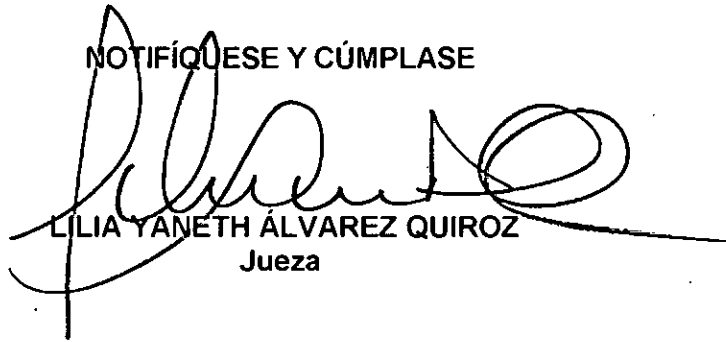
**SÉPTIMO:** Sin costas en esta instancia.

*Radicación 08-001-3333-006-2017-00381-00.*  
*Demandante: Samuel Antonio Díaz Olea.*  
*Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Fuerzas Militares CREMIL.*  
*Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

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

**NOVENO:** Ejecutoriada esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ**  
Jueza

P/JFMP.

