



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de diciembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	73001-33-33-010-2017-00128-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LUIS ELIECER HURTADO MOSQUERA
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Asunto:	Reajuste asignación de retiro
Sentencia:	00145

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **LUIS ELIECER HURTADO MOSQUERA** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL**

1. PRETENSIONES

- 1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. **2016 68119** certificado CREMIL 82578 del **12 de octubre del 2016**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al accionante señor **Luis Eliecer Hurtado Mosquera**.
- 1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. **2016 80444** certificado CREMIL 95268 del **6 de diciembre del 2016**, por medio del cual CREMIL declaró la improcedencia de los recursos interpuestos.
- 1.3 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.
- 1.4 Que se condene a la demanda a reajustar la asignación de retiro dando aplicación al párrafo segundo del artículo 1 decreto 1794 del 2000, que establece el salario de los soldados profesionales en un (1) salario mínimo mensual incrementado en el 60%
- 1.5 Que se ordene a la demandada la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro.
- 1.6 Que se ordene a la demanda el pago del retroactivo pensional desde la fecha de su reconocimiento y hasta su inclusión en nomina
- 1.7 Se ordene el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados.
- 1.8 Se ordene el pago de intereses moratorios sobre todos los valores adeudados.

1.9 Que se condene a la entidad demandada al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Luis Eliecer Hurtado Mosquera** prestó servicio militar obligatorio, se vinculó al Ejército Nacional como soldado voluntario acorde a la ley 131 de 1985 y posteriormente como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del servicio.

2.2 Que mediante resolución No **729 del 10 de febrero del 2016**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y pagó la asignación de retiro al accionante.

2.3 Que el artículo 16 decreto 4433 del 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad

2.4 Que desde el reconocimiento de la asignación la Caja de retiro de las fuerzas militares viene liquidando la mesada al accionante tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad y a ese valor resultante le aplica el 70%, liquidando de esta forma la mesada a cancelar.

2.5 Que el señor Hurtado Mosquera **el 22 de septiembre de 2016** radicó derecho de petición solicitando al director de CREMIL:

- El reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20% que devengaba en actividad desde el 1 de noviembre del 2003 hasta la fecha de retiro definitivo, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1 inciso 2 del decreto 1794 de 2000
- Reliquidar la asignación de retiro, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004, aplicando el 70% sobre el salario básico mensual adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad.
- Incluir en la asignación de retiro la partida correspondiente al subsidio familiar en un 62.5% de la asignación básica devengada como soldado profesional establecidos en la Ley 923 del 2004, artículo 5 Decreto 4433 del 2004 y artículo 11 Decreto 1794 del 2000.
- Ordenar el pago indexado de las sumas resultantes

2.6 Con oficio No **2016 68119** certificado CREMIL 82578 **del 12 de octubre del 2016**, la entidad accionada negó la petición elevada por el actor

2.7 En contra de la decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación

2.8. La entidad accionada declaró la improcedencia del recurso.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL

Dentro de la oportunidad legal la entidad accionada contestó la demanda (fl. 42 – 48) la entidad accionada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma,

afirmando que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y según la hoja de servicios militares del accionante.

Que el Consejo de Estado en jurisprudencia del 25 de agosto del 2016, decidió que con fundamento en el inciso 2 artículo 1 decreto 1794 del 2000 los soldados voluntarios incorporados posteriormente como profesionales tienen el derecho a ser remunerados en el monto de un salario mínimo mensual vigente incrementado en el 60% el cual debía ser solicitado el reajuste al Ministerio de Defensa en razón a que CREMIL es la entidad encargada del pago de las asignaciones de retiro del personal de las fuerzas militares, presentándose falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja.

Que el subsidio familiar no está consagrada como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en el decreto 4433 del 2004 razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

Que la Caja de Retiro reconoció y liquidó la asignación de retiro al accionante teniendo en cuenta las partidas computables señaladas en la hoja de servicios militares del accionante, acorde a los parámetros establecidos por el legislador en el Decreto 4433 del 2004 vigente, el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad y en razón a que a la Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las normas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas y por lo tanto se deben negar las pretensiones.

Propuso las excepciones que denominó: 1. *Falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL en cuanto al reajuste solicitado del SMLMV mas el 60%* 2. *Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.* 3. *Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, primas, bonificaciones, auxilios compensaciones y demás devengados en servicio activo.* 4. *No configuración de violación al derecho a la igualdad*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

Expone que el accionante tiene derecho a que se reajuste la asignación de retiro en razón a que al haberse vinculado como soldado voluntario y luego como profesional se le debe liquidar la prestación aplicando al salario mínimo legal un 60% incremento establecido en el decreto 1794 del 2000, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Respecto del subsidio familiar se debe ordenar su inclusión teniendo en cuenta que el verdadero sentido del mismo es el beneficio del grupo familiar de las personas de bajos ingresos y no puede existir un trato diferencial con los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior, vulnerando el derecho a la igualdad y solicita acceder a las pretensiones de la demanda aplicando la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 Decreto 1211 de 1990.

4.2 Parte demandada

La apoderada expone que respecto al incremento al 60% la Caja en sede administrativa expidió o expedirá la correspondiente resolución por la cual se ordena el incremento del

20% del sueldo básico en la asignación de retiro, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Que el decreto 4433 del 2000 estableció en forma taxativa los parámetros condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales sin contemplar la posibilidad de factores adicionales como en un momento dado sería el subsidio familiar.

Que el principio de la igualdad se predica solo entre iguales, sin que la Caja pueda realizar interpretaciones de las normas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidos.

Que en materia contenciosa administrativa la condena en costas se rige por un concepto objetivo verificándose la prosperidad de las pretensiones, debiéndose comprobar que en el presente litigio las mismas se causaron porque la Caja no ha realizado actos dilatorios, temerarios ni encaminados a perturbar el normal desarrollo del procedimiento.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.2. TESIS DE LAS PARTES

5.2.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque en la liquidación de la asignación de retiro del actor, debe aplicarse correctamente lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004, teniendo en cuenta que al 70% del sueldo básico se le adicione el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro.

5.2.2 Tesis parte accionada.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la asignación de retiro del accionante se liquidó de conformidad con las disposiciones del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con la hoja de servicios, reconociendo el equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad y sin contemplar la posibilidad de factores adicionales como en un momento dado sería el subsidio familiar.

5.3. De las excepciones

5.3.1 Excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de CREMIL

La apoderada judicial de la entidad demandada propuso la excepción con el argumento que la Caja de Retiro es un establecimiento público encargado del reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios del personal de la fuerzas militares teniendo en cuenta las partidas computables establecidas en la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa, no siendo la entidad llamada a responder por el incremento del 20% en el sueldo básico reclamado por el actor.

El despacho declarara no probada la excepción propuesta dando alcance a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado¹ en la cual respecto de la legitimación de CREMIL en la liquidación del incremento del 20% de los soldados profesionales, señaló:

“7. Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro

222. Una vez definido que la asignación de retiro debe liquidarse para el caso de los soldados voluntarios incorporados como profesionales sobre el salario mensual incrementado en un 60%, es menester analizar si para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro conforme a dicho porcentaje, es necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si es viable acudir directamente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL para requerir dicho ajuste, toda vez que sobre el particular también se presentan diferencias que se han visto reflejadas en el hecho de que en algunas providencias se consideró que la Caja de Retiro no se encuentra legitimada en la causa para resolver sobre una petición inicial de reliquidación de la asignación de retiro con base en un IBL distinto al salario que devengó el servidor en actividad², mientras que en otras se determina la viabilidad de conceder las pretensiones contra dicha entidad³.

224. Del mismo modo, es viable que no exista concurrencia entre ambos conceptos, es decir, un sujeto puede tener legitimación en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, tal y como se ilustró en la sentencia del 15 de junio de 2000, en los siguientes términos:

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»⁴.

225. Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, precisamente, en razón a que aquella constituye un elemento de la

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Temas: Sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales

²Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 110010315000201503041 00(AC), actor: Ubeimar Laureano García; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 110010315000201600766-00 (AC), actor: José Correa Niño; Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201601789 00(AC), actor: Efrén Castaño Bejarano; Sección Cuarta, sentencia del 30 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201601840 00(AC), actor: David Chavarro León; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de diciembre de 2016, radicación: 110010315000201602881-00(AC), actor: Luis Custodio Mejía Silva; Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020171041 01 (AC), actor: Ramiro de Jesús Tamayo Henao; Sección Cuarta, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500007 01(AC), actor: Jorge Eliecer Villalba Zapata; Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 110010315000201503041 00 (AC), actor: Ubeimar Laureano García.

³ Ver sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de enero de 2016, radicación: 110010315000201502877 00 (AC), actor: Cecilio Cabezas Quiñonez; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 110010315000201600822 00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2016, radicación: 110010315000201600987 01(AC), actor: Miguel Ángel Ruiz Guerrero.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000; Radicación: 11001 0326000200010171 01, Actor: Ana Cecilia Valencia Ángel y otro.

pretensión y no de la acción⁵. En ese orden, cuando se advierte que el demandante carece de un interés jurídico perjudicado⁶ y, por ende, del derecho a ser resarcido o que el demandado no es el llamado a reparar los perjuicios ocasionados se deben negar las pretensiones de la demanda.

226. De acuerdo con lo expuesto, CREMIL tiene legitimación en la causa de hecho y material frente al reajuste del 20% en la asignación de retiro de los soldados profesionales, por las siguientes razones:

i) Es la entidad que expide el acto por medio del cual se resuelve sobre la petición de reajuste de la asignación de retiro que formuló el interesado y cuya nulidad se demanda.

ii) En caso de que se emita una sentencia favorable para la parte demandante, la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidación de la prestación es CREMIL, en razón a su función de reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

231. En conclusión, *la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.*

6. Problema Jurídico

Consiste en establecer si el accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste de la asignación de retiro en un porcentaje del 20% desde el 1 de noviembre del 2003, además, la reliquidación de la asignación de retiro dándole aplicación al artículo 16 del decreto 4433 del 2004 y la inclusión del subsidio familiar conforme al Decreto 4433 del 2004 o si por el contrario el acto administrativo demandando se encuentra ajustado a derecho?

6.1 Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, dando aplicación a lo dispuesto en los considerandos de la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-015-CE-S2-2019⁷, ordenando a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor, aplicando el (70%) sobre el salario básico y a este resultado adicionarle el (38.5%) correspondiente de la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

6.2 MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

6.2.1. Salario mensual soldados profesionales

Acorde con lo expuesto en el **Decreto 1793 del 2000 artículo 1**, los soldados profesionales son:

SOLDADOS PROFESIONALES. *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, referencia: 520012331000201000590 01 (2466-2012), actor: José Antonio Benavides.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, referencia: 25000-23-26-000-1999-00802-01(28204), actor: Informática Datapoint de Colombia Ltda.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

PARÁGRAFO. *Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:*

a- Antigüedad mínima de cinco años.

b- Excelente conducta y disciplina.

c- Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.

El Presidente de la república expidió el **decreto 1794 del 2000** mediante el cual se estableció e régimen salarial y prestacional para los soldados voluntarios:

Artículo 1. *Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%)_del mismo salario.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

(....)

Artículo 11. *Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.*

6.2.2 Subsidio Familiar - soldados profesionales.

El Presidente de la Republica expidió el decreto 1161 del 2014 estableciendo:

Artículo 1º. *Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.* Créase, a partir del 1º de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica.

Con la expedición del **decreto 1162 del 2014** el subsidio familiar se estableció el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales:

ARTÍCULO 1. *A partir de julio del 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.*

6.2.3 De la asignación de retiro de los soldados profesionales

De acuerdo con el decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definió para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales, lo siguiente:

“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.”* (Negrilla fuera de texto)

A su turno, sobre las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, el artículo 13 dispone:

“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:

(...)

13.1.8 *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.”* (Negrilla fuera de texto)

Así, de cara al porcentaje de la prima de antigüedad computable como partida a efectos de obtener el ingreso base de liquidación de la asignación de retiro, el decreto citado dispuso en el artículo 18:

“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:*

(...)

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

(...)

18.3.7 ***El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.”*** (Negrilla fuera de texto)

La asignación de retiro a favor de los soldados profesionales, se reconocerá sobre el 70% del salario devengado, adicionado ese monto con un porcentaje del 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad, siendo éstas las partidas computables a efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la mesada.

Frente a las partidas computables para la asignación de retiro, nos permitimos traer a colación las consideraciones efectuadas por el honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019⁸

“4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

131 Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los

8 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132 Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

133 En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»⁹. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»¹⁰.

(...)

140 Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)
<i>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.</i>	<i>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.</i>

141 Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime¹¹ 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,

⁹ Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

142 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»¹², 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 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»¹³, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

143 Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994¹⁴ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005¹⁵, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁶. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los toques máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo**, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. **Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.**

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹⁷. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados**

¹² T-587 de 2006.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

¹⁷ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹⁸.

3.6.1.4. 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».** (negrita fuera de texto)

144 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.

145 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:

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación. 17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.	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.º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así: 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años. 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

¹⁸ Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

	18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año. 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año. 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.
--	--

146 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. [...] 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.	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.

147 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.

148 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, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

149 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.”

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a analizar el caso concreto del señor soldado profesional (r) **Luis Eliecer Hurtado Mosquera**.

7.1 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El señor Luis Eliecer Hurtado Mosquera prestó sus servicios al Ejército Nacional retirándose del servicio con el grado de soldado profesional	Documental. Extraído de la resolución No 729 del 10 de febrero del 2016 (fl 17 - 18)
2. Que CREMIL reconoció asignación de retiro al accionante a partir del 29 de marzo del 2016	Documental. Resolución No 729 del 10 de febrero del 2016 (fl 17 - 18)
3. Que el actor devengó en actividad sueldo básico, prima de antigüedad y bonificación de orden público.	Documental. Hoja de servicios No 3-98657227 (fl 20)
4. Que para su asignación de retiro se tuvo en cuenta el 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad	Documental. Resolución No 729 del 10 de febrero del 2016 (fl 17 - 18)
5. Que el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, el incremento del 20% del salario básico y la inclusión del subsidio familiar como partida computable	Documental. Solicitud radicada el 22 de septiembre del 2016 (fl 10 – 13).
6. Que la Caja de retiro negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro.	Documental. oficio No. 2016 68119 del 12 de octubre del 2016 (Fl. 14 – 15)
7. El accionante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación	Documental: Memorial de fecha 4 de noviembre del 2016 (fl 25 – 26).
8. La accionada declaró improcedente del recurso	Documental. Oficio No 2016 80444 del 6 de diciembre del 2016 (fl 16 y 64).
9. La accionada en sede administrativa ordenó el incremento del 20% en sueldo básico del accionante a partir del 30 de marzo del 2016	Documental. Resolución No 8399 del 20 de marzo del 2018 (fl 91 - 92)

7.1.2 Incremento del 20%

El accionante solicitó se ordene a CREMIL el reajuste de la asignación de retiro con base en lo establecido en el inciso 2 artículo 1 Decreto 1794 del 2000 en el que se establece que quienes diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

La copiosa jurisprudencia referente al sueldo de los soldados profesionales que se vincularon a la institución en calidad de soldados voluntarios ha señalado que su liquidación corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Aterrizando en el caso bajo estudio sería dable ordenarle a CREMIL reliquidar la asignación básica aplicando para el sueldo básico el valor de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sin embargo el despacho se abstendrá impartir esa orden teniendo en cuenta que visible a folios 91 y 92 del cuaderno principal, obra copia de la **Resolución No 8399 del 20 de marzo del 2018, por medio de la cual la entidad demandada en sede administrativa incrementó en el 20% el sueldo básico del accionante a partir del 30 de marzo del 2016 fecha de retiro de reconocimiento de la prestación económica**

7.1.3 inclusión del subsidio familiar

El accionante pretende se le reajuste la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

Haciendo un recuento histórico se tiene que la planta de personal de los soldados profesionales fue creada como un régimen especial lo mismo que el régimen salarial y prestacional en el cual se incluyó el subsidio familiar en activo, sin embargo el legislador guardó silencio respecto de que se tuviese en cuenta como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro o en la pensión por invalidez, siendo necesario remitirse a la normativa general o sea el decreto 4433 del 2004.

El artículo 13 de la mencionada norma excluyó en forma taxativa el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El presidente de la República mediante Decreto 1161 del 2014 creó el subsidio familiar para los soldados profesionales que no lo devengaran de acuerdo con los Decretos 1794 y 3770 a partir del 1 de julio del 2014 y disponiendo se tenga en cuenta como partida computable en la asignación de retiro.

Posteriormente con la expedición del Decreto 1162 del 2014, se estableció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro para los soldados profesionales que a 1 de julio del 2014 lo estuvieran devengando acorde a los Decretos 1794 del 2000 y 3770 del 2009 en el 30% del sueldo básico devengado por el militar.

Así mismo, el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación¹⁹ señaló:

¹⁹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Referencia: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho Radicación: 85001-

176. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, 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. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó 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, en los siguientes términos:

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

177. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 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.

178. 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.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009²⁰, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida²¹.

178. 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.

187. 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 partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar

33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) demandante: Julio César Benavides Borja Demandado: Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares Temas: Sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales

²⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²¹ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

²² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

regulado en el Decreto 1794 de 2000²³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.”

7.1.4 Aplicación prima de antigüedad

Ahora bien, reclama el actor que no fue computada correctamente la prima de antigüedad, pues advierte que de acuerdo con la interpretación dada por la entidad a la norma, aplicó el 70% no sólo sobre el sueldo básico sino sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el 38.5%.

Como ilustración de la liquidación de la asignación de retiro, traemos a colación, la certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares No **690 certificado CREMIL 40313** de fecha 20 de abril del 2018²⁴, en donde consta la asignación de retiro reconocida al actor, que le fue liquidada teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

Sueldo año 2018	SMLMV + 40%	\$ 1.093.739
70% sueldo básico		\$ 765.617
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$294.763
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(722.963.+278.341)	\$1.060.380

En este sentido, es preciso acoger la postura del Consejo de Estado en sentencia del 11 de mayo de 2016²⁵, en la que se indicó:

“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

*En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.”*²⁶

En igual sentido, mediante sentencia del 31 de octubre de 2016, con ponencia del Dr. José Aleth Ruiz Castro, en el proceso con radicación 73001-33-33-751-2014-00002-01 Interno 1814-15, el Tribunal Administrativo del Tolima ha sostenido:

“Sobre la interpretación de la norma que rige las partidas y los porcentajes a tener en cuenta para la asignación de retiro de los Soldados profesionales, el Honorable Consejo de Estado ha señalado:

²³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.
²⁴ Folio 3 cuaderno pruebas de oficio
²⁵ Sentencia del 11 de mayo de 2016. Consejo de Estado – Sección Cuarta MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00822-00(AC)
²⁶ Sentencia del 29 de abril de 2015. Sección Segunda – Subsección A. Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

"Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ", " que precede al verbo "adicionado""²⁷

(...)

Ahora bien teniendo claro el valor arrojado del 38,5% de la prima de antigüedad, procederá nuevamente esta Corporación a realizar la liquidación, haciendo uso de la fórmula utilizada para el efecto, dándole la correcta interpretación de la misma.

Asignación de retiro = 70% (salario) + 38.5% prima de antigüedad

De acuerdo con la formula descrita, la liquidación de la referida asignación de retiro se toma, aplicándole el 70% al salario y al resultado arrojado por éste se le adiciona el 38,5% de la prima de antigüedad, interpretación que obedece al tenor literal de la norma."

Circunstancia que fue ratificada en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019²⁸, al establecer:

"Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

(...)

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:

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

Revisado el expediente tenemos que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante resolución No **8399 del 2 de marzo del 2018** incrementó la asignación de retiro al accionante en un 20% acorde a lo dispuesto en el inciso 2 artículo 1 del decreto reglamentario 1794 del 2000, que establece que los soldados profesionales devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Con base en lo expuesto el despacho procede a realizar la proyección del salario devengado por el accionante para año 2018, teniendo en cuenta el incremento del 20% ordenado pero conservando la forma de liquidación y valores utilizados por CREMIL.

Sueldo año 2018 = SMLMV + 60%	(781.242 + 468.745)	\$ 1.250.200
70% sueldo básico	(\$1.250.200 x 70%)	\$ 875.140
Prima antigüedad= SB*70% x 38.5%)	(\$875.140 x 38.5%)	\$336.929
Total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(875.140 + 336.929)	\$1.212.069.

Al confrontarse, la proyección de liquidación efectuada con la norma, se colige que la interpretación dada para calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales, resulta incorrecta y por tanto desmejora el valor de la mesada del accionante, pues en

²⁷ Consejo de Estado - Sección Primera, C.P. Dra María Elizabeth García González, Rad: 2014-02292-01.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

efecto su asignación debe ser liquidada sobre el 70% del salario básico adicionado en el 38.5%, y no como erróneamente lo ha venido haciendo la accionada, sumando la asignación básica con la prima de antigüedad para así proceder a la aplicación del porcentaje del 70%.

En tal orden se tiene entonces que la liquidación de la asignación de retiro ha debido efectuarse, para el **año 2016** de la siguiente forma:

Sueldo año 2016 = SMLMV + 60%	(689.455 + 413.673)	\$ 1.103.128
70% sueldo básico	(1.103.128 x 70%)	\$ 772.190
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	(\$ 1.103.128 x 38.5%)	\$424.704
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$772.190 +424.704)	\$1.196.894

Así mismo, la liquidación de la asignación de retiro para el 2017 será la siguiente:

Sueldo año 2017 = SMLMV + 60%	(737.717 + 442.630)	\$ 1.180.347
70% sueldo básico	(1.180.347 x 70%)	\$ 826.242
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	(\$ 1.180.347 x 38.5%)	\$454.433
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$826.243 +454.434)	\$1.280.677.

La liquidación de la asignación de retiro para el 2018 será la siguiente

Sueldo año 2018 = SMLMV + 60%	(\$781.242) + (\$468.745)	\$ 1.250.200
70% sueldo básico	(\$1.250.200 x 70%)	\$ 875.140
Prima antigüedad (SB x 38.5%)	(\$1.250.200 x 38.5%)	\$481.327
Total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$875.140+481.327)	\$1.356.467

La liquidación de la asignación de retiro para el 2019 será:

Sueldo año 2019 = SMLMV + 60%	(828.116 + 496.870)	\$ 1.324.986
70% sueldo básico	(1.324.986 x 70%)	\$ 927.490
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	(\$1.324.986 x 38.5%)	\$ 510.120
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$927.490+510.120)	\$1.437.610

En conclusión se debe reliquidar la asignación de retiro del señor **Luis Eliecer Hurtado Mosquera** aplicando el 70% al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en la ley, desde el momento del reconocimiento de su mesada mensual y hasta que se demuestre el pago reajustado de lo pretendido

8. PRESCRIPCIÓN

El Decreto **4433 de 2004**, en su artículo 43²⁹, dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años

²⁹ “**Artículo 43.** Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la

contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, posición asumida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 debidamente aclarada en fecha 10 de octubre del 2019³⁰

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **729 del 10 de febrero del 2016** mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo el **30 de marzo del 2016**, y, que la petición de reliquidación de la asignación se presentó ante la entidad demandada el **22 de septiembre del 2016**, es decir dentro de los términos legales concedidos para el efecto, por lo cual es dable concluir que no le ha prescrito el derecho a reclamar el reajuste de las mesadas pensionales, razón por la cual, el reconocimiento de los valores que resulten del reajuste de su asignación de retiro deberá hacerse a partir del **30 de marzo del 2016**

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación de dichas sumas serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{Rh índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenándose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor **Luis Eliecer Hurtado Mosquera** tomando para ello la interpretación efectuada en esta providencia al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, aplicando el 70% al salario básico, adicionando a ese resultado el 38.5% sobre la prima de antigüedad.

Además, y dando aplicación a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado calendada el 25 de abril del 2019 debidamente aclarada debidamente aclarada en fecha 10 de octubre del 2019³¹ se ordenará la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del accionante en la cuantía del 30% del sueldo básico devengado en actividad a partir del **30 de marzo del 2016**.

10. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado

correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

³⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Rad. 85001 33 33 002 2013 00237 01 (1701-2016) Actor: Julio cesar Benavides Borja contra CREMIL. 10 de octubre del 2019

³¹ Ibídem

normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la ejecutoria de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por CREMIL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2016 68119 certificados CREMIL 82578 del 12 de octubre del 2016**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al accionante señor Luis Eliecer Hurtado Mosquera.

TERCERO - DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2016 80444** certificado CREMIL 95268 del **6 de diciembre del 2016**, por medio del cual CREMIL declaró la improcedencia de los recursos interpuestos.

CUARTO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Luis Eliecer Hurtado Mosquera**, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.657.527 a partir del **30 de marzo del 2016**, aplicando el 70% únicamente al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, suma que deberá ser actualizada, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

QUINTO: ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Luis Eliecer Hurtado**

Mosquera, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.657.527 a partir del **30 de marzo del 2016**, con inclusión del subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% del sueldo básico devengado en actividad, acorde con la parte considerativa de la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la ejecutoria de esta providencia como agencias en derecho

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

DECIMO.- En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

UNDÉCIMO.- Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DUODÉCIMO.-: Por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

(ORIGINAL FIRMADO)