



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, dieciocho (18) de diciembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	73001-33-33-010-2018-00468-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ALEXANDER OSSA SALAZAR
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Asunto:	Reajuste asignación de retiro
Sentencia:	00148

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 **ALEXANDER OSSA SALAZAR** 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. **70442** consecutivo **2018 70443** del **23 de julio del 2018**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al accionante señor **Alexander Ossa Salazar**

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. **71121** consecutivo **2018 71121** del **24 de julio del 2018**, por medio del cual CREMIL negó el pago de la diferencia del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del accionante.

1.3 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reliquidar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.4 Que se ordene a la demandada el pago de las diferencias en el subsidio familiar conforme al Decreto 1794 del 2000 modificado por el Decreto 3770 del 2009 por el derecho a la igualdad según lo establecido en el numeral 13.1.7 artículo 13 Decreto 4433 del 2004.

1.5 Que se ordene a la demandada la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, acorde con lo establecido en el artículo 13.1.8 Decreto 4433 del 2004.

1.6 Se ordene la aplicación de la prescripción cuatrienal desde la fecha de las peticiones 10 de julio del 2018.

1.7 Se ordene el pago del capital, la indexación y los intereses de ley hasta el pago total de la obligación.

1.8 Que se condene a la entidad demandada al pago de costas 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 **Alexander Ossa Salazar** 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 **5253 del 15 de febrero del 2018**, 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 erróneamente la mesada a cancelar.

2.5 Que el **10 de julio del 2018** señor **Ossa Salazar** radicó derecho de petición No **2018 0074274** solicitando al director de CREMIL:

- Reajuste del 20% en la asignación de retiro por falta de aplicación a lo establecido en el inciso segundo artículo 1 decreto 1794 del 2000, el sueldo mensual del soldado profesional es igual a un salario mínimo legal incrementado en el 60%.
- La reliquidación de la asignación de retiro aplicando correctamente la fórmula establecida en el artículo 16 decreto 4433 del 2004, que la cuantía de la asignación se obtiene aplicando al 70% del salario básico adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad.
- La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro por el derecho a la igualdad con los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, junto con la indexación e intereses de ley hasta la fecha de pago de la obligación aplicando la prescripción cuatrienal.

2.6 Con oficio No **70442** consecutivo **2018 70443** del **23 de julio del 2018**, la entidad accionada negó la petición.

2.7 Que el **10 de julio del 2018** el señor **Ossa Salazar** radicó derecho de petición No. **2018 0074276** solicitando al director de CREMIL:

- El reconocimiento y pago de la diferencia del subsidio familiar en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 1794 del 2009 que establece que se aplicara el 4% del salario básico adicionado en el 100% de la prima de antigüedad

2.8 Que mediante oficio No. **71121** consecutivo **2018 71121** del **24 de julio del 2018** la entidad accionada negó la petición.

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. 39- 43) la entidad accionada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, así como a la condena en costas y agencias en derecho 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 y las únicas partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro son el salario básico y la prima de antigüedad.

Que no se vulneró el derecho a la igualdad pues fue el legislador quien estableció los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales a través del decreto 4433 del 2004 el cual se encuentra vigente, y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia, y, a la Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las normas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

Aclara que al militar se le reconoció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el Decreto 1162 del 2014 en el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales a partir de julio del 2014.

Que el artículo 13 Decreto 4433 del 2004 estableció la prima de navidad como partida computable para ser tenida en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales y es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se les reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas en actividad.

Resalta que las actuaciones de la Caja de Retiro se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares por lo tanto estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

Guardo silencio

4.2. Parte demandada

El apoderado judicial en los alegatos finales solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda habida cuenta que solamente a partir de la expedición del a ley 923 del 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año se le dio oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro

Que con la expedición del Decreto 1262 del 2014 el legislador dispuso la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales estableciendo la vigencia de aplicación a partir de julio del 2014 en un porcentaje equivalente al 30%, disposición que fue plenamente cumplida por CREMIL, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

Que en el Decreto 4433 del 2004, la prima de navidad sólo se encuentra establecida como partido computable para la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares exclusivamente, razón por la cual la Caja no la liquidó en la asignación de retiro del soldado profesional, además es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido y mal puede pretenderse que en retiro se le reconozcan partidas computables que no les fueron reconocidas en actividad.

Así mismo expone que la prescripción trienal se encuentra en el Decreto 4433 del 2004 vigente para la fecha de retiro del militar y actualmente conserva su presunción de legalidad y constitucionalidad, solicitando se denieguen las pretensiones

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, la Caja aplicó el 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad realizando una doble afectación a esta prestación, procedimiento contrario a la citada norma, por lo tanto 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, además, se deberá reliquidar la asignación con la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad como partida computable y el pago de la diferencias del subsidio familiar.

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 militares, 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, ya se le reconoció el subsidio familiar en el porcentaje establecido por el decreto 1262 del 2014 y CREMIL no puede contemplar la posibilidad de factores adicionales como sería la doceava parte de la prima de navidad.

5.3. De las excepciones

La entidad accionada propuso las excepciones que denominó: *1. Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL y correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. 2. Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro. 3. No configuración a la violación del derecho a la igualdad. 4. No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL. 5. Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional. 6. Prescripción de las mesadas según reajuste, las cuales por estar ligadas al fondo del asunto, serán analizadas de forma conjunta al problema jurídico que nos ocupa.*

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 dándole correcta aplicación a lo establecido en el

artículo 16 del decreto 4433 del 2004, además la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable o si por el contrario los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6.1 Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 1794 del 2000 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, negar la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad y el pago de la diferencias del subsidio familiar.

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.*

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 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.

6.2.3 Subsidio Familiar - Soldado Profesional

El Presidente de la Republica expidió la norma mediante la cual se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales con el **Decreto 1161 del 2014**

Artículo 1°. *Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.* Créase, a partir del 1° 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** 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 de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

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-S2-2019¹

“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 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»². 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»³.

(...)

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)
---	--

¹ 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

² 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.

³ Ibidem.

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.

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 60 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.

141 Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁴ 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.

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»⁵, 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»⁶, 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 1994⁷ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁸, 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 diferentes⁹. 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 topes 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**

⁴ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

⁵ T-587 de 2006.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

⁹ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

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 oficiales¹⁰. 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 profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹¹.**

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.
<p>Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.</p> <p>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%).</p>	<p>Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.</p> <p>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.</p> <p>18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del</p>

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

¹¹ Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

<p>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.</p>	<p>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%).</p> <p>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:</p> <p>18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.</p> <p>18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.</p> <p>18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.</p> <p>18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.</p> <p>18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.</p> <p>18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.</p> <p>18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.</p>
--	--

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.
<p>La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:</p> <p>13.1. Oficiales y suboficiales</p> <p>13.1.1 Sueldo básico.</p> <p>13.1.2 Prima de actividad.</p> <p>13.1.3 Prima de antigüedad.</p> <p>13.1.4 Prima de estado mayor.</p> <p>13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.</p> <p>13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.</p> <p>13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.</p> <p>13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos</p>	<p>Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.</p> <p>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%).</p> <p>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.</p>

<p>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.</p>	
---	--

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) **Alexander Ossa Salazar**

7.1 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El señor Alexander Ossa Salazar prestó sus servicios al Ejército Nacional retirándose del servicio con el grado de soldado profesional	Documental. Extraído de la resolución No 5253 del 15 de febrero del 2018 (fl 32 - 34)
2. Que CREMIL reconoció asignación de retiro al accionante a partir del 30 de marzo del 2018	Documental. Resolución No. 5253 del 15 de febrero del 2018 (fl 32 - 34)
3. Que el actor devengó en actividad sueldo básico, bonificación de orden público, prima de antigüedad (58,5%), subsidio familiar (4%) y seguro de vida subsidiado.	Documental. Hoja de servicios militares No 3-17858891 (fl 30)
4. Que para su asignación de retiro se tuvo en cuenta el 70% de la sumatoria del sueldo	Documental. Resolución No 5253 del 15 de febrero del 2018 (fl 32 - 34)

<i>básico adicionada con el 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar</i>	
5. Que el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el incremento del 20% en su sueldo básico, 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 y la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad.	Documental. Solicitud radicada el 10 de julio del 2018 (fl 22).
6. Que la Caja de Retiro negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro.	Documental. Oficio No. 70442 consecutivo 2018 70443 del 23 de julio del 2018 (fl.23 – 24)
7. Que el demandante solicitó a la Caja el reconocimiento y pago de las diferencias del subsidio familiar	Documental. Solicitud radicada el 10 de julio del 2018 (fl 25).
8. Que la Caja de Retiro negó la solicitud del pago de las diferencias del subsidio familiar.	Documental. Oficio No. 071121 consecutivo 2018 71121 del 24 de julio del 2018 (fl.26 – 27)
9. El Ejército Nacional en sede administrativa reconoció el incremento del 20% en el sueldo del accionante a partir del mes de junio del 2017.	Documental. Certificación radicado No 2019 31718462201 del 20 de septiembre del 2019 comando general de las fuerzas militares (fl 1 – 2 cuaderno pruebas de oficio.)
10. Para la liquidación de la asignación de retiro en el año 2019 la accionada tuvo en cuenta como sueldo básico (SMMLV+60%) y se le aplicó el 70% a la sumatoria del sueldo básico más el 38.5% de la prima de antigüedad adicionada con el 30% del subsidio familiar	Documental. Certificación partidas computables No. 380 CREMIL 20431662 del 25 de septiembre del 2019 (fl 25 cuaderno pruebas de oficio)

7.1.2 inclusión de Prima de Navidad.

El accionante pretende se le reajuste la asignación de retiro con la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable.

La prima de navidad se ha definido como una prestación social que consiste en el pago que realiza el empleador al servidor en la primera quincena del mes de diciembre en la suma equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año.

La prestación social en el caso de los soldados profesionales fue creada mediante el Decreto 1794 del 2000¹² y desde su creación legal ha venido siendo reconocida y pagada al soldado activo pero su inclusión como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro le ha sido negada en forma sistemática por las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones, con el argumento que la ley permite su inclusión

12 Decreto 1794 del 2000 - ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

PARÁGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

como partida computable únicamente para los oficiales y suboficiales de la fuerza y que la norma generadora excluye a los soldados profesionales del gozo de ese beneficio.

Con fundamento en lo expuesto respecto de las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, queda claro que la prima de navidad al no estar incluida expresamente en los factores enlistados en el artículo 13 Núm. 2 del Decreto 4433 de 2004, así como no haber acreditado que se efectuaron aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, frente de la prima de navidad, no es posible acceder a la inclusión de la misma como partida computable para la asignación de retiro al actor.

7.1.3 Subsidio Familiar.

El accionante pretende se le pague las diferencias del subsidio familiar conforme a lo establecido en los Decretos 1794 del 2000 y 3770 del 2009, en la liquidación de la asignación de retiro.

Haciendo un recuento histórico se tiene que la planta de personal de los soldados profesionales fue creada como un régimen especial, así como 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 cual en su artículo 13 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 de 2009 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 unificación¹³ señaló:

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

¹³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez. 25 de abril de 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

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 2009¹⁴, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁵.

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%¹⁶ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁷ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

7.1.4 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 380 20431662 del

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁵ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁷ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

25 de septiembre del 2019 ¹⁸, en donde consta la asignación de retiro reconocida al actor, que le fue liquidada teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

Sueldo año 2019	SMLMV + 60%	\$ 1.324.986
70% sueldo básico		\$ 927.490
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$357.084
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(722.963.+278.341)	\$1.284.574
Subsidio familiar $[(SB*4\%)+(SB*58,5\%)]*30\%$		\$248.435
Total		\$1.533.009

En este sentido, es preciso acoger la postura del Consejo de Estado en sentencia del 11 de mayo de 2016¹⁹, 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.”²⁰

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:

“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”²¹

(...)

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

¹⁸ Folio 25 cuaderno de pruebas de oficio.

¹⁹ 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)

²⁰ 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.

²¹ Consejo de Estado - Sección Primera, C.P. Dra María Elizabeth García González, Rad: 2014-02292-01.

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 la sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019²², proferida por el Consejo de Estado, 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:

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

Con base en lo expuesto el despacho procede a realizar la proyección del salario devengado por el accionante para el año 2019, teniendo en cuenta el incremento del 20% ordenado pero conservando la forma de liquidación y valores utilizados por CREMIL.

Sueldo año 2019	SMLMV + 60%	\$ 1.324.986
70% sueldo básico		\$ 927.490
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$357.084
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(722.963.+278.341)	\$1.284.574
Subsidio (SB x 4%)+(SBx58.5%)x30%		\$248.435
Total		\$1.533.009

Al confrontarse, la proyección de liquidación efectuada por la entidad 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 efecto su asignación debe ser liquidada con el 70% del salario básico adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad 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 2019** de la siguiente forma:

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

²² 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

Subsidio familiar (((SB*4%)+(SB*58,5%))*30	(\$1,324,986*4%)+(\$1,324,986*58,5%)*30%	\$ 248.435
Total		\$ 1.686.045

Así mismo, la liquidación de la asignación de retiro para el **2018** será la siguiente

Sueldo año 2018 = SMLMV + 60%	(\$781.242) + (\$468.745)	\$ 1.249.987
70% sueldo básico	(\$1.249,987 x 70%)	\$ 874.991
Prima antigüedad (SB x 38.5%)	(\$1.249,987 x 38.5%)	\$ 481.245
Total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$874.991+481.245)	\$ 1.356.236
Subsidio familiar (((SB*4%)+(SB*58,5%))*30	(\$1,249,987*4%)+(\$1,249,987*58,5%)*30%	\$ 234.373
Total		\$ 1.590.609

En conclusión se debe reliquidar la asignación de retiro del señor **Alexander Ossa Salazar** 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 43²³, dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años 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 2019²⁴

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **5253 del 15 de febrero del 2018** mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo el **30 de marzo del 2018**, y, la petición de reliquidación de la asignación se presentó ante la entidad demandada el **10 de julio del 2018**, 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 2018**.

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

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

²³ "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 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.

²⁴ 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

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).

9. RECAPITULACIÓN

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor **Alexander Ossa Salazar** tomando para ello la interpretación literal efectuada en esta providencia al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y dando aplicación a la sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019²⁵ se declarará la nulidad parcial del **acto administrativo demandado** aplicando el 70% al salario básico, adicionando a ese resultado el 38.5% de la prima de antigüedad .

Respecto de las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, ha quedado claro que la prima de navidad al no estar incluida expresamente en los factores enlistados en el artículo 13 numeral 2 del Decreto 4433 de 2004, así como no haber acreditado que se efectuaron aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, por lo cual no es posible acceder a la inclusión de la misma como partida computable para la asignación de retiro del actor.

En lo que tiene que ver con el pago de la diferencia del subsidio familiar se negará la pretensión de nulidad del acto administrativo habida cuenta que el señor **Alexander Ossa Salazar** devengaba subsidio familiar en actividad y en su caso particular se aplica lo establecido en el decreto 1162 del 2014 que señala que para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales se tendrá en cuenta como partida computable el 30% del sueldo básico devengado y dando aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de abril del 2019²⁶

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 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 parcialmente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No.

²⁵ 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

²⁶ Ibídem

PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el despacho se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

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 prescripción propuesta por CREMIL.

SEGUNDO.- NEGAR la pretensión de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **71121 consecutivo 2018 71121** del 24 de julio del 2018, acorde con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: NEGAR la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro del accionante.

CUARTO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No **70442 consecutivo 2018 70443 del 23 de julio del 2018**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al accionante señor **Alexander Ossa Salazar**.

QUINTO - Como consecuencia de la anterior declaración 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 **Alexander Ossa Salazar**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.658.891 a partir del **30 de marzo del 2018**, 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).

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

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)