Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (9) de junio del dos mil veinte (2020)

Radicado	**73001-33-33-010-2018-00239-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**YESID POMAR GÓMEZ**
Demandado:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**
Asunto:	**Reajuste asignación de retiro**
Sentencia:	0043

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 **YESID POMAR GÓMEZ** 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. **2015 – 028689 CREMIL 40256** del **7 de mayo del 2015**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al accionante señor **Yesid Pomar Gómez**

1.2 Que como consecuencia de la declaración anterior 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 adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.3 Que se ordene a la demandada pagar las diferencias que resulten entre el pago reajuste reconocido y el monto efectivamente pagado

1.4 Se ordene el pago de la diferencia resultante debidamente indexada de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

1.5 Se ordene el pago de intereses moratorios sobre la diferencia resultante desde la ejecutoria de la sentencia de conformidad con el artículo 192 del CPACA.

1.6 Que se condene en costas a la demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

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 **Yesid Pomar Gómez** 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 **6364** del **17 de octubre del 2013**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y pagó la asignación de retiro al accionante, teniendo en cuenta el 70% del (sueldo básico adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad).

2.3 Que el 4 de mayo del 2015 el señor **Pomar Gómez** radicó derecho de petición solicitando al director de CREMIL:

- Reajuste de la asignación de retiro liquidándola con el 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad
- Ordenar el pago indexado de las sumas correspondiente a la diferencia resultante entre lo pagado y lo dejado de reconocer.
- Que se reconozca intereses moratorios.

2.4 Con oficio No **2015 – 028689 CREMIL 40256** del **7 de mayo del 2015**, la entidad accionada negó la petición elevada por el actor

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL

Dentro de la oportunidad legal la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a las condenas a título de restablecimiento del derecho y 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 las únicas partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro son el salario básico y la prima de antigüedad.

Que la Caja de retiro reconoció y liquido la asignación de retiro al accionante teniendo en cuenta las partidas computables señaladas en la hoja de servicios militares del acciónate, acorde a los parámetros establecidos por el legislador en los artículos 13.2 y 16 del decreto 4433 del 2004 vigente, en el cual existe prohibición legal de no incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro, emolumentos diferentes a los taxativamente señalados en dicha norma.

Agregó que los derechos y obligaciones y el régimen de carrera, el prestacional y el disciplinario de los miembros de las fuerzas militares es un régimen especial y propio establecido en el inciso 3 artículo 217 de la carta magna y a su amparo se han proferido diferentes disposiciones legales que reglamentan y organizan la carrera de oficiales y suboficiales, encontrándose vigente el decreto 4433 del 2004.

Propuso las excepciones que denominó: 1. *Prescripción del derecho. 2. No configuración de causal de nulidad. 3. No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.*

4. Alegatos de conclusión y concepto del ministerio público

El día 14 de agosto del 2019 en desarrollo de la audiencia de pruebas el despacho corrió traslado por el término común de 10 días para que las partes presentaran por escrito sus alegatos de conclusión y el Ministerio público emitiera su concepto.

Revisado el expediente se evidenció que transcurrido el término legal las partes y el Ministerio público guardaron silencio, según constancia secretarial visible a folio 114

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 de Retiro 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.

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 para su liquidación.

6. Problema Jurídico

Consiste en establecer si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reajuste la asignación de retiro dándole aplicación al artículo 16 del decreto 4433 del 2004 teniendo en cuenta que al 70% del sueldo básico se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad, o si por el contrario, declarar que 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 el artículo 16 del decreto 4433 del 2004 ordenando a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor, aplicando el setenta (70%) sobre el salario básico y a este resultado adicionarle el treinta y ocho punto cinco (38.5%) correspondiente de la prima de antigüedad.

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.*

El Presidente de la republica 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 parágrafo 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%).

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, para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales, estableció:

*"**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-S2-2019[1]

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

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez

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)***
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 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.*

141 Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[4] 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)

[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.
[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.

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 1994[7] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[8], 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 diferentes[9]. 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 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 oficiales**[10]. 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 comandantes**[11].*

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:	*Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

[6] Ibídem.
[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
[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.

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.*	*18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.* *18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.* *18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).* *El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:* *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.* *18.3.3 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) **Yesid Pomar Gómez**

7.1 hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El señor **Yesid Pomar Gómez** *prestó sus servicios al Ejército Nacional retirándose del servicio con el grado de soldado profesional*	***Documental.*** *Extraído de la resolución No* 6364 del 17 de octubre del 2013 *(fl 19 - 20)*
2. Que CREMIL reconoció asignación de retiro al accionante a partir del 19 de octubre del 2013	***Documental.*** *Resolución No* 6364 del 17 de octubre del 2013 *(fl 19 - 20)*
3 Que para la liquidación de la 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* 6364 del 17 de octubre del 2013 *(fl 19 - 20)*
4. 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	***Documental.*** *Solicitud radicada* 4 de mayo del 2015 *(fl 15 - 16).*
5. Que la Caja de Retiro negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro.	***Documental.*** *oficio No.* 2015 –028689 CREMIL 40256 del 7 de mayo del 2015 *(fl. 14)*
6. Que la Caja de Retiro dio cumplimiento a una sentencia del 28 de julio de 2017 del Tribunal Administrativo del Tolima incluyendo el subsidio familiar como partida computable.	***Documental.*** *Resolución No. 8012* del 2 de octubre de 2017 *(fl. 3-15 cuaderno pruebas de oficio)*

8. 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 traemos a colación la proyección de la asignación de retiro realizada por CREMIL para el año 2013 en donde consta que, la prestación periódica le fue liquidada teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

Sueldo año 2013 (SMLMV + 40% SMLMV)	($589.500 + 235.800)	$ 885.300,00
Prima antigüedad soldado profesional	(SB x 38.5%)	$317.740,00
Subtotal: (sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(885.300 + 317.740)	$1.143.040,00
asignación retiro: 70% (sueldo básico +prima de antigüedad)	**($1.143.040)** * 70%	**$800.128,00**

En este sentido, es preciso acoger la postura del Consejo de Estado en sentencia del 11 de mayo de 2016[12], 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."[13]

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""[14]
(...)
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 dé 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 retiró 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."

---

[12] 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)
[13] 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.
[14] Consejo de Estado - Sección Primera, C.P. Dra María Elizabeth García González, Rad: 2014-02292-01.

Circunstancia que fue ratificada en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019[15], 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 x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.*

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 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 del señor Pomar Gómez, para el **año 2013** ha debido efectuarse de la siguiente forma:

Sueldo año 2013	$825.300,00
70% sueldo básico	$577.710,00
Prima antigüedad (SB x 38.5%)	$317.740,50
Total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	**$895.450,50**

Acorde con la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 proferida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa que le confirió a CREMIL la competencia para reliquidar las asignaciones a los soldados profesionales en uso de buen retiro, acorde a lo señalado en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, el despacho procederá a realizar la liquidación de la prestación periódica al soldado profesional (r) señor Yesid Pomar Gómez desde el año 2014 hasta el año 2020 inclusive.

La asignación mensual de retiro para el año **2014** será de:

Sueldo año 2014 (SMLMV + 40% SMLMV)	($616.000 +246.400)	$ 862.400,00
70% sueldo básico	($ 862.400 x 70%)	$ 603.680,00
Prima antigüedad (SB x 38.5%)	($862.400 x 38.5%)	$332.024,00
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($ 603.680+$332.024)	**$935.704,00**

La asignación mensual de retiro para el año **2015** será de:

Sueldo año 2015 (SMLMV + 40% SMLMV)	($644.350 + 257.740)	$ 902.090,00

[15] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez

70% sueldo básico	($902.090 x 70%)	$ 631.463,00
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($ 902.090 x 38.5%)	$347.304,65
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($631.463 +347.304,65)	**$978.767,65**

La liquidación de la asignación de retiro para el **2016** será de

Sueldo año 2016 (SMLMV + 40% SMLMV)	($689.455 + 275.782)	$ 965.237,00
70% sueldo básico	($965.237 x 70%)	$675.665,90
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($ 965.237 x 38.5%)	$371.616,25
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($675.665,90 +371.616,25)	**$1.047.282,15**

La liquidación de la asignación de retiro para el **2017** será de

Sueldo año 2017 (SMLMV + 40% SMLMV)	($737.171 +294.868,40)	$ 1.032.039,40
70% sueldo básico	($1.032.039,40 x 70%)	$722.427,58
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($ 1.032.039,40 x 38.5%)	$397.335,17
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($722.427,58+397.335,17)	**$1.119.762,75**

La liquidación de la asignación de retiro para el año **2018** será de

Sueldo año 2017 (SMLMV + 40% SMLMV)	($781.242 +312.496,80)	$ 1.093.738,80
70% sueldo básico	($1.093.738,80 x 70%)	$765.617,16
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($1.093.738,80 x 38.5%)	$421.089,44
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($765.617,16+421.089,44)	**$1.186.706,60**

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

Sueldo año 2019 (SMLMV + 40% SMLMV)	($828.116 + 331.246,40)	$ 1.159.362,40
70% sueldo básico	($1.159.362,40 x 70%)	$811.553,68
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($1.159.362,40 x 38.5%)	$446.354,52
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($811.553,68+ 446.354,52)	**$1.257.908,20**

La liquidación de la asignación de retiro para el año **2020** será de:

Sueldo año 2019 (SMLMV + 40% SMLMV)	($877.803 + 351.121,20)	$ 1.228.924,20
70% sueldo básico	($1.228.924,20 x 70%)	$ 860.246,94
Prima antigüedad (SB*70% x 38.5%)	($1.228.924,20 x 38.5%)	$ 473.135,82
total asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	($860.246,94+473.135,82)	**$1.333.382,76**

En conclusión, se debe reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor Yesid Pomar Gómez 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.

9. Prescripción

El decreto **4433 de 2004**, en su artículo 43[16], 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 aclaración de fecha 10 de octubre del 2019[17]

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **6364** del **17 de octubre del 2013** mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo a partir del **19 de octubre del 2013**, y, la petición de reliquidación de la asignación se presentó ante la entidad demandada el **4 de mayo del 2015**, es decir dentro de los términos legales concedidos para el efecto, por lo cual es dable concluir que no le habría prescrito el derecho a reclamar el reajuste de las mesadas pensionales.

Ahora bien, como la interrupción del término de prescripción opera por una sola vez y por un lapso igual, debemos tener en cuenta que la respuesta al reclamo efectuado el 04 de mayo de 2015, se otorgó el 07 de mayo de 2015, por lo cual la interrupción de la prescripción operaría hasta el **06 de mayo de 2018**, y la demanda fue presentada el **24 de mayo de 2018**, conforme acta de reparto obrante a folio 1 del expediente, razón por la cual es dable concluir que le ha prescrito el derecho a reclamar el reajuste de las mesadas pensionales con anterioridad al **24 de mayo de 2015.**

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 declarará la nulidad del **acto administrativo demandado** y como consecuencia se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor **Yesid Pomar Gómez** tomando para ello la interpretación literal efectuada en esta providencia al artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y la liquidación se realizará acorde con lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia

[16] **"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.

[17] Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda. Acción nulidad y restablecimiento del derecho. Rad. 85001 33 33 002 2013 00237 01 (1701-2016) Julio cesar Benavides Borja en contra de CREMIL.10 de octubre del 2019

de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019[18] que se aplique el 70% al salario básico y a ese resultado se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

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, 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 al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

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 PROBADA la excepción de prescripción propuesta por CREMIL, del reajuste de las mesadas de la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Yesid Pomar Gómez,** con anterioridad al **24 de mayo de 2015**

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2015 – 028689 CREMIL 40256** del **7 de mayo del 2015**, por medio del cual CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al soldado profesional (r) señor **Yesid Pomar Gómez.**

TERCERO - 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 **Yesid Pomar Gómez,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.388.907 a partir del **27 de mayo de 2015**, aplicando el 70% únicamente al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad.

CUARTO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL a pagar la diferencia resultante entre la reliquidación reconocida y los valores efectivamente pagados como asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Yesid Pomar Gómez,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.388.907, suma que deberá

[18] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez

ser actualizada, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, 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).

QUINTO: 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 al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda como agencias en derecho

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

SÉPTIMO. - 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.

OCTAVO: 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.

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

DÉCIMO: ACEPTAR la renuncia presentada por el doctor Gustavo Adolfo Uribe Hernández, al poder conferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, de conformidad con el memorial visible a folio 115 del expediente, **requiérase** a la entidad demandada para que designe apoderado que represente sus intereses.

DÉCIMO PRIMERO: Por secretaría efectúense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez