



Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00175-01
Demandante	OMAR ENRIQUE SIERRA LOMBANA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste de asignación de retiro soldado voluntario-Subsidio familiar – violación al derecho a la igualdad-Reliquidación de la Prima de antigüedad conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004- Inclusión prima de navidad.

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y demandante, contra la sentencia del 21 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por OMAR ENRIQUE SIERRA LOMBANA, por conducto de apoderada judicial.

#### **2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.

#### **2.3. La demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, OMAR ENRIQUE SIERRA LOMBANA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

---

<sup>1</sup> Folios 2-16



## 2.4. Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0082562 proferido el 14 de diciembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 0002922 de fecha 01 de febrero de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando agotada la vía gubernativa.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en la siguientes causales:
  - 2.1. Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.
  - 2.2. Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo incrementado solo en el 40% cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, se debe liquidar con base en el salario mínimo incrementando en un 60%.
  - 2.3. Reajuste por violación al derecho fundamental a la igualdad, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.
  - 2.4. Reajuste por violación del derecho a la igualdad, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.
  - 2.5. Que se reajuste el retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y su inclusión en nómina.
  - 2.6. Que se ordene el pago de la indexación sobre los valores adeudados.
  - 2.7. Se disponga el pago de intereses de mora.
  - 2.8. Se condene en costas a la entidad demandada.

## 2.5 Hechos

Señala el accionante que, ingresó a laborar a la Armada Nacional el 09 de agosto de 1994 en condición de soldado regular, al culminar este fue aceptado como soldado voluntario a partir del 26 de marzo de 1996, que para el mes de diciembre de 2000 aún ostentaba dicha calidad y que su vinculación estuvo regida por la ley 131 de 1985.

13001-33-33-004-2017-00175-01

Afirma que, por decisión de la entidad al igual que todos los soldados voluntarios, pasó a ser denominado soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Que estuvo vinculado a la Armada Nacional hasta el 13 de abril de 2015 en el Batallón de I.M No. 13 con sede en Malagana- Bolívar, durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro reconocida por CREMIL mediante Resolución No. 3994 del 14 de mayo de 2015.

#### 2.6. Normas violadas y concepto de violación:

- Artículos: 13, 25, 29,53 y 58 Constitución Política.
- Ley 1437 de 2011: (Artículos 138 y 159 a 195).
- Ley 4º de 1992: Artículo 10.
- Decreto 1793 de 2000, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al no haberse tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro, prestaciones tales como el subsidio familiar y los demás factores salariales devengados al momento de su desvinculación, como se les efectúa a los demás funcionarios de la Fuerza Pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad y, por ende, considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

Señala además que, lo anterior evidencia un trato discriminatorio como quiera que, sin mediar una justificación objetiva y razonable, excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.

Expone que se viola lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, pues la administración al aplicar la fórmula establecida en la mencionada norma incurrió en grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

En cuanto a la prima de navidad, indica que dicha partida se computa para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro a que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, privando a los suboficiales de disfrutar de este derecho.



## 2.7. CONTESTACIÓN

### 2.7.1 LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL<sup>2</sup>.

La demandada en cuanto a los hechos reconoce como ciertos algunos y otros solicita sean demostrados, con relación a las pretensiones se opone a la totalidad de ellas.

- **Excepciones previas**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

#### **Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL:**

Manifiesta que la entidad es la encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios que acreditan tal derecho, por lo que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales se hacen conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que tienen derecho a que se les reconozca el 70% de salario básico incrementado en 38.5% de la prima de antigüedad.

#### **Falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste del 60%:**

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento creado con la ley 75 de 1925 adscrito al Ministerio de Defensa, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es decir, que la entidad es independiente del Ministerio de Defensa.

Resalta que, la reclamación del reajuste salarial en un 60% debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Finaliza, que en la Resolución No. 7486 de 2015, se le tuvo en cuenta el subsidio familiar al demandante como partida computable para liquidar su asignación de retiro, por lo que su acto indica goza de presunción de legalidad.

#### **Razones de la Defensa**

La entidad demandada contestó la demanda, aceptando como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, la petición y la conclusión del procedimiento administrativo; pero se opuso a las pretensiones, indicando que al señor OMAR SIERRA LOMBANA se le reconoció su asignación de retiro, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de los hechos, esto es el Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo

<sup>2</sup> Fol. 54-62 Cdo no 1

13001-33-33-004-2017-00175-01

dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, conforme con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

### III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>

Por medio de providencia del 21 de agosto de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder las pretensiones de la demanda.

La A-quo estableció que el actor en su condición de infante de marina, quien a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, le es aplicable lo contemplado en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; en consecuencia, le asiste derecho a que su salario básico mensual sea liquidado con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%, para efectos de establecer el monto de su asignación de retiro únicamente.

En cuanto al cálculo de la prima de antigüedad, resolvió que le asistía razón al demandante por cuanto la liquidación realizada por la demandada contraria la normativa contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; pues resulta claro que el 70% de que habla la norma, se refiere a la asignación básica mensual y no a la sumatoria de la asignación básica y el 38.5 correspondiente a la prima de antigüedad.

Con relación a la inclusión del subsidio familiar accedió a la misma, en virtud de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso, quien con fundamento en el derecho a la igualdad ha accedido a tales pretensiones, por lo que ordenó el reconocimiento del 100% tal y como se hace con los demás miembros de la fuerza pública, máxime cuando este personal son los que menos devengan.

Manifestó la A-quo, que si bien se allegó una resolución que reconoce el reajuste del 20%, no se arrió la constancia de notificación de dicho acto, así como la de su pago, por lo que ordenó que la liquidación que haya de efectuarse se descuenten las sumas de dinero que hayan sido canceladas.

En cuanto a la inclusión de la prima de navidad en una duodécima parte, manifestó que no tiene derecho a la misma conforme al numeral 13 del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece que la misma no es partida computable para la asignación de retiro.

Por lo anterior, resuelve inaplicar por inconstitucional el Art. 1 del Decreto 1162 de 2014 para el caso concreto, declarar la nulidad de los actos demandados,

<sup>3</sup> Folios 144-159 Cdno 1



13001-33-33-004-2017-00175-01

condenar a la entidad a reliquidar la asignación de retiro con la inclusión del 70% del salario mínimo adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad que devengaba al momento de su retiro, ordenó la inclusión del 100% del subsidio familiar y al pago de las diferencias resultantes ajustadas las anteriores al IPC.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN**

##### **4.1. Parte demandada<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 03 de septiembre de 2018, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, argumentando que las actuaciones adelantadas por la entidad gozan de legalidad y en correcta aplicación de las disposiciones legales.

En cuanto a la reliquidación de la prima de antigüedad, afirma que ha venido aplicando lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, calculado así, salario básico incrementado en el 38.5% de dicha prima

$$\text{Salario Básico} = \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) - 140\%$$

$$\text{Prima de Antigüedad} = 38.5\%$$

Asignación de retiro:

$$\underline{70\% \text{ (Sueldo Básico + 38.50\% de Prima de Antigüedad)}}$$

Con relación a la inclusión del subsidio familiar, indica que el Decreto 1162 de 2014 ordenó el reconocimiento de dicha partida a partir del 1 de julio de ese año, norma que fue cumplida en la resolución de reconocimiento en un porcentaje del 30%.

Respecto a la violación del derecho a la igualdad, manifiesta no haberse configurado su violación debido a que no le corresponde a dicha entidad determinar que norma es aplicable a cada uno de los Miembros de las Fuerzas Públicas, teniendo en cuenta que cada uno tiene una disposición distinta.

##### **4.2. Parte demandante<sup>5</sup>:**

Presentó escrito de apelación el 6 de septiembre de 2018, solicitando se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que le fue desfavorable, esto es, la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, afirma que

<sup>4</sup> Folios 162-165 Cdno 1

<sup>5</sup> Fols. 166-168 cdno 1



13001-33-33-004-2017-00175-01

existe claridad sobre la diferencia que existe y la desigualdad de que son los objetos los soldados profesionales, que tuvieron que soportar tratos humillantes y denigrantes, además de sufrir los rezagos de la guerra.

En cuanto al argumento de A-quo, de no encontrarse dicha partida dentro de las enlistadas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no encuentra razón para su negativa invocando el principio de igualdad, toda vez que los oficiales y suboficiales si les es reconocida ya no estando activos junto con otras partidas computables, en cambio a los soldados se les reconoce por vía judicial mediante la aplicación acertada de los jueces de la excepción de inconstitucionalidad, teniendo ahora como partida computable el subsidio familiar.

#### **V. - TRÁMITE PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de noviembre de 2018<sup>6</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de marzo de 2019<sup>7</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 12 de junio de 2019<sup>8</sup>.

#### **VI. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>9</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 18 de junio de 2019, reiterando los hechos de la demanda y los motivos de inconformidad del recurso de alzada.

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>10</sup>:** La parte demandada alegó de conclusión el 25 de junio de 2019, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de alzada.

**6.3. Ministerio Público:** No presentó concepto.

#### **VII. - CONSIDERACIONES**

##### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

<sup>6</sup> Folio. 2 cdno de apelación

<sup>7</sup> Folio. 4 cdno de apelación

<sup>8</sup> Folio. 8 cdno de apelación

<sup>9</sup> Folios. 11-39 cdno de apelación

<sup>10</sup> Folios. 40-43 Cdno de apelación

## 7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme el artículo 320 y 328 del C.G.P.

## 7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, los actos acusados son los oficios No. 0082562 del 14 de diciembre de 2016, por medio del cual CREMIL niega el reajuste de la asignación de retiro y No. 0002922 del 01 de febrero de 2017, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

## 7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico se planteará, así:

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad de los actos acusados y se ordenó la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo el subsidio familiar, el porcentaje de la prima de antigüedad y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad del salario, el centro de debate se contrae a determinar,

*¿Le asiste derecho al actor a que se reliquide su asignación de retiro aplicando los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, correspondientes al 70% de la asignación, más el 38.5% de la prima antigüedad?*

*¿Hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar?*

*¿Resulta procedente la inclusión de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, en virtud al principio de igualdad?*

## 7.5. Tesis

La Sala revocará el numeral 2.2. de la sentencia de primera instancia, modificará el numeral 2.3 y numeral cuarto inciso primero, respecto a lo demás se confirmará la decisión adoptada, por las siguientes razones:

Con relación al numeral 2.2 se revocará, debido a que, no es procedente el reconocimiento del subsidio familiar al actor, teniendo en cuenta que fue tenida en cuenta como partida computable en la asignación de retiro, conforme lo

13001-33-33-004-2017-00175-01

establece la norma. Por lo que, no habría lugar a ordenar el pago de las diferencias generadas por este concepto, y se modificaría el numeral 2.3. en este sentido.

En cuanto al primer problema planteado, se confirmará lo decidido por la A-quo, teniendo en cuenta que la forma en que se efectuó la liquidación de la base porcentual de la asignación retiro, fue incorrecta por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo entendió la A-quo, pues la adición de la prima de antigüedad se debe hacer con posterioridad a la aplicación del 70% sobre el salario básico.

Sin embargo, no comparte esta Sala la decisión correspondiente a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, debido a que el actor ya se encuentra recibiendo como partida computable dicho concepto. Por lo que, deberá revocarse la misma; y proceder a modificar el numeral 2.3 y el Inciso primero del numeral cuarto, en el sentido de que al no tener derecho a la partida en mención, no puede ordenarse el pago de las diferencias, así como ordenar la deducción correspondiente para servicio médico asistencial que ya viene siendo descontada por este concepto.

Finalmente, con relación a la inclusión de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, se mantendrá lo resuelto por la A-quo, toda vez que la jurisprudencia de las Altas Cortes, han reiterado, que no existe un trato discriminatorio o desigual con respecto a los demás miembros de la Fuerza Pública, toda vez que la norma así lo ha previsto.

## 7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019<sup>11</sup>**, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de

<sup>11</sup> Radicado interno: 1701-16.



13001-33-33-004-2017-00175-01

soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. 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. 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.

2. 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% para quienes al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. **Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación**, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

3. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue

13001-33-33-004-2017-00175-01

objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**<sup>12</sup>. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

**La Regla es la siguiente:**

i.- La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

ii.- Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

4. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.
5. 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

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

13001-33-33-004-2017-00175-01

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

6. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.
7. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>13</sup>, se modificó para incluir el subsidio familiar a 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 2009<sup>14</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>15</sup>.

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. No hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador.

<sup>13</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>14</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>15</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

## 7.7. Caso concreto

### 7.7.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Infante de Marina Profesional (Ro) OMAR SIERRA LOMBANA, contó con un tiempo de servicio de 20 años, 9 meses y 16 días, vinculado la Armada Nacional (fol. 30).
- Mediante Resolución No. 3994 del 14 de mayo de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor OMAR SIERRA LOMBANA, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, el 38.5% de prima de antigüedad y el 30% por subsidio familiar. (Folio. 23-24)
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-73571432, el actor devengó en su última nomina marzo-2015 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar y prima de antigüedad soldado profesional (fol. 25)
- Por medio de petición del 06 de diciembre de 2015, el señor OMAR SIERRA LOMBANA, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, inciso 2 del artículo 1 y parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y la inclusión del subsidio familiar, entre otras (fol. 12-15).
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 2016-82564 del 14 de diciembre de 2016, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 17-18).
- Recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por el señor Omar Sierra Lombana, en contra del oficio No. 2016-82564 (fol. 19-20).
- Acto administrativo contenido en el oficio No. 2017-2923 del 01 de febrero de 2017, mediante el cual la entidad resuelve los recursos interpuestos por el actor (fol. 21).
- Certificado de nómina de los meses de julio-septiembre de 2003 como infante de marina, expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y



13001-33-33-004-2017-00175-01

porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Sierra Lombana (fol. 26 y 27-29).

- Certificado expedido por la Armada Nacional en el que consta las fechas en que se vinculó el demandante, el total de tiempo en la entidad y el reconocimiento de la prima de antigüedad (fol. 30).
- Oficio No. 20160423310574351 del 12 de diciembre de 2016, por medio del cual CREMIL certifica que la última unidad donde prestó servicio fue el Batallón de Infantería de Marina No. 13 en Malagana- Bolívar (fol. 31).
- Resolución No. 11978 del 19 de abril de 2018, "Por el cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor Infante de Marina Profesional Omar Sierra Lombana (129-130).
- Certificado expedido por CREMIL en el que se informa los haberes devengados durante los meses de octubre y noviembre de 2003 por el actor (fol.142)

### **7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.**

#### **7.7.2.1 Liquidación de la asignación de retiro:**

En el caso en concreto, se tiene que el señor OMAR SIERRA LOMBANA prestó sus servicios al Batallón de Infantería de Marina No. 13 ubicado en Malagana – Bolívar (fol. 31), como infante de marina profesional <sup>(Ra)</sup>, por un tiempo de servicio de 20 años, 9 meses y 16 días (fol. 30).

Se encuentra probado mediante la hoja de servicio No. 4-73571432 que, el actor ingresó como soldado voluntario el 26 de marzo de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003, que posteriormente se incorporó como infante profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 13 de abril de 2015 (fol. 25). En virtud de lo anterior le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 3994 del 15 de mayo de 2015, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 13 de julio de 2015, en cuantía de 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.21 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar (fol. 23-24).

En el caso concreto, se probó que el actor ingresó como soldado regular con antelación al año 2000, toda vez que se vinculó el 26 de marzo de 1996. Sin



13001-33-33-004-2017-00175-01

embargo, para la liquidación de la asignación de retiro, se observa que el porcentaje de liquidación del 70%, se aplicó a la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, lo cual, a todas luces, resulta contrario a derecho (fol. 26).

En efecto, de conformidad con la sentencia de unificación, 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 era 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:

$$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$$

Sin embargo, observa esta Sala que la entidad al momento de realizar la liquidación, dedujo el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad del 70% del sueldo básico, contrario a lo establecido por la norma, la cual determina que debe aplicarse del 100% del salario básico, disminuyendo el monto de la asignación de retiro que legalmente le corresponde, tal y como se evidencia en el comprobante de pago de asignación de retiro obrante a folio 26 del expediente, toda vez que efectuó la siguiente operación.

Sueldo	SMMLV +40%	\$965.237.00
Porcentaje de liquidación		70%
<b>Subtotal</b>		<b>\$675.666.00</b>
Prima de antigüedad	(SB*70%*38,5)	\$260.131.00
Subsidio familiar	(((SB*4%) + (SB*58,5))*30%	\$180.982.00
<b>Total asignación retiro</b>		<b>\$1.116.779</b>

Así pues, advierte la Sala que en la Resolución No. 3994 del 14 de mayo de 2015, se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, por cuanto, como acertadamente lo señalado por la A Quo, la demandada no aplicó debidamente la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, puesto que aplicó el porcentaje de liquidación del 70% sobre el sueldo básico y el 38,5% lo dedujo del resultado de la anterior operación, es decir, de lo resultante del 70%, así:

Sueldo básico: ----- \$ 965.237,00  
 70% del sueldo básico: ----- \$ 675.666,00  
 Prima de antigüedad (38.5%) ----- \$ 371.616,24

675.666,00+ 371.616,24= \$1.047.284,24

En consecuencia, la Sala resolverá positivamente el primer problema jurídico planteado, y confirmará la orden dada por la A quo respecto de reliquidación de la asignación de retiro del actor, aplicando debidamente los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como se explicó con precedencia.

#### 7.7.2.2. Inclusión del subsidio familiar

De otro lado, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro objeto de impugnación, esta Sala acoge el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación **CE-SUJ2-015-19, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019**, el cual establece que "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% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida".

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente, que al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 3994 del 24 de mayo de 2015 con efectividad a partir del 13 de julio de 2015, incluyéndose en la misma el 30% correspondiente al subsidio familiar que devengaba en actividad, conforme lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 (fol. 23-24)

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-73571432 que el señor Sierra Lombana, percibió en su última nomina correspondiente a marzo de 2015 subsidio familiar en un porcentaje del 4% y se le asignó el mismo como partida computable para asignación de retiro en el mismo porcentaje (fol. 25).

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el demandante causó su derecho a la asignación de retiro a partir del 13 de julio de 2015, esto es, posterior a julio de 2014 como lo establece la SU, que al momento del reconocimiento venía devengando dicha partida regulada por el Decreto 1794 de 2000, y que la misma fue reconocida en la Resolución 3994 de 2015, no habría lugar a ordenar su reconocimiento, en el porcentaje reclamado del 70%.

Con relación al numeral 2.2 se revocará, debido a que, no es procedente el reconocimiento del subsidio familiar al actor, teniendo en cuenta que fue tenida en cuenta en un 30% como partida computable en la asignación de retiro, conforme lo establece la norma. Por lo que, no habría lugar a ordenar el pago

13001-33-33-004-2017-00175-01

de las diferencias generadas por este concepto, por ende se modificará el numeral 2.3 y 2.4. al referirse a la deducción correspondiente para servicio médico asistencial que ya viene siendo descontada por este concepto en el porcentaje reconocido.

### **7.7.2.3. Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.**

Las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. *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.*

1.2. *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.*

En lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales. A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

**ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 *Oficiales y Suboficiales:*

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 *Prima de actividad.*

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.*

13.1.6 *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

13.1.7 *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

13.1.8 *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*



*13.2 Soldados Profesionales:*

*13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.*

*13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

*PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.*

Frente al punto es importante precisar que la sentencia de unificación sostiene que, la jurisprudencia constitucional ha mantenido su posición de manera unánime 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.

En consecuencia, se comparte la negativa de la juez de primera instancia, con relación a la no inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, toda vez que para los soldados profesionales, esa partida no podía asumirse como computable en la liquidación de la asignación de retiro, toda vez que lo contemplado en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, no genera un trato discriminatorio por el hecho que sólo la consagre como partida computable para Oficiales y Suboficiales, en tanto que, el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas, en consecuencia, la Sala comparte lo decidido por la A quo y se confirmará.

**7.7.2.4. Conclusión**

La respuesta a los interrogantes planteados en el problema jurídico son parcialmente positivos, teniendo en cuenta que, quedó demostrado que el actor tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro en un porcentaje del 70% de la asignación salarial y el 38.5% de la prima de antigüedad conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, no es procedente su reconocimiento debido a que el actor ya se encontraba recibiendo como partida computable dicho concepto. Finalmente, en cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, se confirma su no inclusión, por no demostrarse la desigualdad con relación a los demás

13001-33-33-004-2017-00175-01

miembros de la Fuerza Pública al no estar incluida en las partidas computables previstas en la norma en cita.

### VIII.- COSTAS -

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, no sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación por cuanto el recurso le resultó parcialmente favorable a la parte demandada; por otro lado, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala no podría imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral 2.2 de la parte resolutive de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 2.3. y 4 inciso primero, de la parte resolutive de la sentencia, los cuales quedarán así:

**"2.3 RECONOCER Y PAGAR** al señor **OMAR ENRIQUE SIERRA LOMBANA**, las diferencias que resulten en su favor entre la asignación



13001-33-33-004-2017-00175-01

de retiro que venía disfrutando y la reliquidación ordenada en el numeral 2.1. de la presente providencia, a partir del a partir del trece (13) de julio de dos mil quince (2015)

(...)

**CUARTO:** La entidad demandada deberá efectuar la deducción correspondiente a las diferencias que provoca por el incremento de su asignación mensual base para la asignación de retiro, destinado al servicio médico asistencial y al sostenimiento de la caja demandada, en forma indexada.

Igualmente, ordenase a la Caja de retiro de las Fuerzas Militares que en el evento de que haya efectuado pagos al actor del incremento del 20% de que trata la Resolución 11978 del 19 de abril de 2018, expedida por la Caja demandada, se descuenten dichas sumas de la reliquidación ordenada."

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

**QUINTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

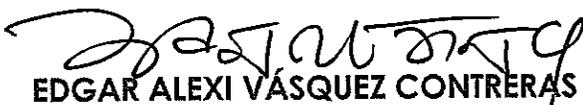
#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 085 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

