

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento
Radicado	11001 33 42 054 2019 00100 00
Demandante/Accionante	GERZON GASCA VALENCIA
Demandado/Accionado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor GERZON GASCA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 96.353.284, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones:

- 1. Que se declare la nulidad del OFICIO, donde la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó: 1) La reliquidación de la prima de antigüedad; 2) La inclusión del subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad; 3) La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; al Soldado Profesional GERZO GASCA VALENCIA C.C. 96353284, en la asignación de retiro o mesada pensional.*
- 2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la prima de antigüedad para el Soldado Profesional GERZON GASCA VALENCIA CC 96353284, desde la fecha en que le fue reconocido hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004.*
- 3. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer e incluir el subsidio familiar en el porcentaje reconocido en actividad en la asignación de retiro para el Soldado Profesional GERZON GASCA VALENCIA CC 96353284, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*

4. *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, por vía de excepción de inconstitucionalidad del Art. 13 del Decreto 4433 de 2004, a tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, en la asignación de retiro para el Soldado Profesional GERZON GASCA VALENCIA CC 96353284, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.*
5. *Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del abogado que representa al Soldado Profesional GERZON GASCA VALENCIA CC 96353284.”*

1.2 Relación fáctica

La parte actora procede a enunciar las disposiciones que a su parecer hacen las veces de sustento fáctico a las pretensiones así:

- El señor Gerzon Gasca Valencia, ingresó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 25 de junio de 1992; como soldado voluntario a partir del 15 de abril de 1996; a partir del 1° de noviembre de 2003 pasó a ser denominado soldado profesional, calidad en la que se desempeñó por el término de 22 años, 1 mes y 20 días (Fl. 17).
- Mediante Resolución No. 657 del 8 de febrero de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a partir del 30 de marzo de 2017, en un 70% del salario mensual, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar (Fl. 18).
- El 27 de junio de 2017 con el consecutivo N° 20170053344, el demandante, por medio de apoderado, radicó derecho de petición ante la entidad demandada con el fin de obtener la reliquidación de su asignación de retiro con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% en aplicación del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000; la correcta liquidación de la asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad; la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable; la liquidación del subsidio familiar como partida computable con el porcentaje reconocido en actividad; y que se adicione la asignación en un 4% por cada año que exceda los primeros 20 años de servicio, incluido el 20% del reajuste (Fls. 21-23).

- El 26 de julio de 2017, la Profesional de Defensa del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el oficio No. 0043039 consecutivo 2017-43039, dio respuesta, ordenando remitir a la Dirección de Talento Humano del Ejército Nacional, la petición, para que dicha institución resolviera sobre el reajuste de la asignación del retiro mensual en un 20%, por haber sido quien concedió y liquidó la misma, y resolvió en forma negativa los demás puntos de la solicitud. (Fls. 24 y 25).

- El 14 de noviembre de 2018 con el consecutivo N° 20180114790, el demandante presentó petición ante CREMIL, en el mismo sentido de la petición hecha el 27 de junio de 2017 con el consecutivo N° 20170053344 (Fl.26).

- El 23 de noviembre de 2018, la Profesional de Defensa del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el oficio No. 0110702 consecutivo 2018-110702, dio respuesta negativa a su solicitud, señalando, que la misma petición ya había sido presentada el 27 de junio de 2017 con el consecutivo N° 20170053344, y respondida de fondo el 26 de julio de 2017, mediante el oficio No. 0043039 (Fl. 27).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 21 de agosto de 2019, la apoderada de la entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, a la condena en costas y agencias en derecho, indicando en síntesis, que la fórmula aplicada para liquidar la asignación de retiro del demandante se encuentra ajustada a la ley, teniendo en cuenta la asignación básica, la **prima de antigüedad** y porcentajes dispuestos en el Decreto 4433 de 2004.

Adujo que frente a las demás partidas computables, este mismo decreto, dispuso taxativamente los porcentajes y emolumentos que deben tenerse en cuenta al momento de reconocer las asignaciones de retiro; **subsidio familiar** en un 30%, de conformidad con el Decreto 1162 de 2014; agregó que la **1/12 parte de la prima de navidad** es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido por lo que mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad (Fls. 45 a 62).

3. AUDIENCIA INICIAL Y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y DE JUZGAMIENTO.

El 7 de febrero del año en curso se llevó a cabo la audiencia inicial (Fls. 119-122), en la que se indicó que las excepciones propuestas por la entidad demandada constituían verdaderos argumentos de defensa por tener relación directa con la decisión de mérito y que por lo tanto, serían examinadas junto con el fondo del asunto objeto de controversia.

Asimismo, que por no haber pruebas por practicar, se abrió el proceso a audiencia de alegatos y juzgamiento; para lo cual, las partes recorrieron el traslado de alegatos de conclusión, en los que:

- La parte demandante se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda.
- La parte demandada ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar si el señor Gerzon Gasca Valencia, tiene derecho o no a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Cremil le reajuste su asignación de retiro, liquidando en correcta forma el valor de las partidas y porcentajes de la prima de antigüedad, liquidando el subsidio familiar con el porcentaje reconocido en actividad, e incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad.

3. Actos Administrativos Demandados.

En el presente asunto se debate la legalidad del **Oficio No. 0043039 consecutivo 2017-43039 del 26 de julio de 2017**, proferido por la Profesional de Defensa del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se le negó al actor la solicitud de reajuste de su asignación de retiro, y del **Oficio No. 0110702 consecutivo 2018-110702 del 23 de noviembre de 2018**, proferido por la Profesional de Defensa del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de cual se reiteró la negativa del primer oficio señalado.

4. Normatividad, Jurisprudencia aplicable, y caso concreto.

4.1. Liquidación de Asignación de retiro con Inclusión de la Prima de Antigüedad de Soldados Profesionales.

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco jurídico aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del demandante.

En primer lugar, el Congreso de la República a través de la Ley 131 de 1985 estableció y reguló el servicio militar obligatorio. Así, en el artículo 3° señaló que las personas que hayan prestado el servicio militar obligatorio, a partir de su vinculación como Soldados Voluntario quedarán sujetas al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen prestacional y demás normas que regulan la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de los Soldados de las Fuerzas Militares.

Por su parte, el artículo 4° de esa misma normatividad estableció que quienes presten el servicio militar voluntario devengarán una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario sin que sobrepase los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

El anterior mandato fue reglamentado por el Decreto No. 370 del 06 de febrero 1991.

Posteriormente, a través del Decreto No. 1793 del 2000 se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas

Militares, permitiendo la incorporación de los Soldados Voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, indicando en el parágrafo del artículo 5° lo siguiente:

“PARÁGRAFO. Los Soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como Soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses.

A estos Soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

(...)”

De acuerdo con el artículo 38 del Decreto en mención, el Gobierno expidió el Decreto 1794 del 2000 donde reguló el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales, estableciendo en el artículo 1° inciso segundo la asignación salarial mensual para los Soldados vinculados al 31 de diciembre del año 2000 en las siguientes condiciones:

“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%).” (Subrayado fuera de texto)

De otra parte, el Decreto 4433 de 2004 en el artículo 16 estableció el reconocimiento de la asignación de retiro para los Soldados Profesionales que reúnan ciertas condiciones así:

“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”.

En cuanto a los factores a tener en cuenta, el artículo 13 de la norma en comento estableció los siguientes:

“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:

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

Descendiendo al caso de estudio, se advierte que el señor Segundo Gerzon Gasca Valencia, fue vinculado al Ejército Nacional en calidad de **Soldado Regular** el 25 de junio de 1992, posteriormente como **Soldado Voluntario** el 15 de abril de 1996 y finalmente en calidad de **Soldado Profesional** desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2016, fecha en que fue retirado del servicio (fl. 17).

Ahora bien, la accionada al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del demandante procedió a sumar el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al resultado obtenido le aplicó el 70%, de conformidad con el acto administrativo acusado así:

AR= Asignación de retiro

SM= Salario mensual.

PA= Prima de antigüedad.

$$AR= (SM + [PA * 38.5%])* 70\%$$

La inconformidad de la parte actora, radica en la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que el valor de la prima de antigüedad no debía sumarse al salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% del salario mensual.

De una interpretación más detalla, se colige que la puntuación utilizada por el legislador en el artículo en discusión, claramente hace la diferencia cuando indica que la **asignación mensual de retiro equivale al 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; es decir, que al resultado del 70% del salario mensual se le debe sumar (adicionar) el valor de la prima de antigüedad.

En consideración a lo anterior, le asiste razón al apoderado del accionante en cuanto Cremil efectuó una interpretación diversa a la establecida en el artículo mencionado, lo cual afecta indiscutiblemente el valor de la asignación de retiro reconocida en su favor.

En una forma más gráfica se tiene que la liquidación debía efectuarse en los siguientes términos:

AR= Asignación de retiro

SM= Salario mensual.

PA= Prima de antigüedad.

$$AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$$

Así las cosas, se ordenará la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del actor, en lo que respecta a la prima de antigüedad, de conformidad con las reglas fijadas en la normatividad aplicable.

4.2. Subsidio familiar en la Asignación de Retiro de Soldados Profesionales.

Respecto del **subsidio familiar**, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 21 de 1982, se indicó que dicho beneficio corresponde a *“Una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”*.

En ese sentido, es posible señalar que la finalidad de dicha prestación es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) permanente e hijos - que se encuentran a su cargo, ello en consideración a sus ingresos.

Por su parte, el Decreto 1794 de 2000, estableció el **subsidio familiar** a favor de los Soldados Profesionales, de la siguiente forma:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el Soldado Profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4 por ciento) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el Soldado Profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

La anterior norma, fue derogada por el artículo 1° del Decreto 3770 de 25 de septiembre de 2009, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

PARAGRAFO PRIMERO. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARAGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4 por ciento Salario Básico Mensual + 100 por ciento Prima de Antigüedad Mensual.”

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B – C.P. Dr. César Palomino Cortés, en providencia del 8 de junio de 2017, Rad. N° 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10), declaró con efectos *ex tunc*, la nulidad total del referido Decreto.

Partiendo de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991, artículo 150, numeral 19, literal e) el Congreso de la República debe dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a la hora de fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

En uso de esas facultades, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 y profirió el Decreto 4433 de 2004, que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual consagra la forma de liquidación de la asignación de retiro y pensión de invalidez para soldados profesionales, así como las partidas que integran dicha prestación en los siguientes términos:

“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:

(...)

13.2 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.

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. (Negrilla y subrayado fuera de texto)
(Resaltado del Despacho)

De la normatividad transcrita, se observa que el subsidio familiar no se encuentra previsto como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales.

Posteriormente, a través del Decreto 1161 de 2014, el Gobierno Nacional creó el subsidio familiar, para aquel personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina activos que a la fecha de su entrada en vigencia no se encontraban percibiéndolo, así:

“Artículo 1°. Subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

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

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1°. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2°. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1o de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3°. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio

familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto". (Negrilla del Despacho).

Como se puede ver, el subsidio familiar creado con la anterior norma, solo acogió a los soldados profesionales e infantes de marina que a la vigencia de la misma, no contaban con el subsidio de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014, estableció que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, que se retiren a partir del 1° julio de 2014, tienen derecho a que en su asignación de retiro y pensión de invalidez, se incluya como partida computable el subsidio familiar, en un porcentaje del 70% del que venían devengando, así:

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

Por su parte, a través del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014¹, se incluyó como partida computable el subsidio familiar percibido por los Soldados Profesionales que tuvieran reconocida dicha prestación en los términos del Decreto 1794 de 2000, determinando su monto en un 30% del total que venía devengando en actividad, tal como se observa en el artículo 1°, así:

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

Atendiendo lo dispuesto en la referida norma, se tiene que a partir de julio de 2014, el **subsidio familiar** es considerado como partida computable de la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales a quienes les fue reconocido conforme al Decreto 1794 de 2000, y su liquidación se determina en 30% de lo devengado en actividad, y en un 70% de lo devengado en actividad, para quienes le fue

¹ Publicado Diario Oficial No. 49.193 de 25 de junio de 2014

reconocido a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, esto es, a partir del 1° de julio de 2014.

En ese orden de ideas, se debe estudiar cada situación particular, y aplicar la norma que corresponda, ya que el subsidio familiar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no tenía el carácter de partida computable dentro de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, y que solo por vía jurisprudencial se dio tal connotación aplicando la excepción de inconstitucionalidad²; sin embargo, a partir del primero (1°) de Julio de 2014, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1162 de 2014, ordenó su inclusión para liquidar la asignación de retiro.

Cabe destacar, que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C.P. Dr. William Hernández Gómez, profirió Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019, del 25 de abril de 2019, refiriéndose a la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de Soldados Profesionales, en los siguientes términos:

“196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, **pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.**

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en

² Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

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

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esta prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.”

En consecuencia, fijó las siguientes reglas de unificación:

“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%³ para quienes el momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. 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.”

Además, la Honorable corporación indicó sobre las reglas de unificación lo siguiente:

“288. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

289. De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resulta inmodificable. Así mismo, como esta sentencia no es constitutiva de derecho, las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción...”

En virtud de ello, este Despacho acogerá lo establecido en la citada Sentencia de Unificación, por constituir precedente vinculante de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10⁵,

³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

⁵ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

102⁶ y 270⁷ de la Ley 1437 de 2011, además, teniendo en cuenta los efectos retroactivos dados a la misma, por lo que las mencionadas reglas deben aplicarse a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Observa el Despacho que el demandante devengó en actividad la suma de \$603.273,12 por concepto de subsidio familiar, como consta en la hoja de servicios obrante en el folio 17, en la cual se observa fue liquidado de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y que en la Resolución N° 657 del 8 de febrero de 2017, se ordenó liquidar su asignación de retiro, incluyendo el 30% de dicha suma, acorde con lo dispuesto en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, normatividad aplicable al retiro del demandante, según la cual el subsidio familiar debe incluirse en un 30% de lo devengado en actividad por dicho concepto y no el 100% como lo pretende en actor, norma que gobierna las situaciones pensionales de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, que se consoliden, luego de julio de 2014, como ocurre en el caso del demandante, quien adquirió su derecho a devengar la asignación de retiro, a partir del 30 de marzo de 2017.

En virtud de lo expuesto, se negará esta pretensión, como quiera que el subsidio familiar, fue incluido y liquidado en legal forma, en la asignación de retiro del demandante, manteniéndose incólume los actos demandados en este aspecto.

4.3. Duodécima Parte de la Prima de Navidad en la Asignación de Retiro de Soldados Profesionales.

El Decreto 1794 de 2000, estableció la prima de navidad a favor de los Soldados Profesionales, de la siguiente forma:

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

PARAGRAFO. *Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de*

⁶ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos...

⁷ ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que proferir o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.”

No obstante, la prima de navidad no fue incluida como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, por expresa disposición del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que se reitera, únicamente contempló como partidas computables el “Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000” y la “Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto”, así como lo dispuesto en el parágrafo de la misma norma.

También se dispuso, en la referida Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, con relación con las partidas para liquidar la asignación de retiro, que 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, señalando que 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 la los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004, deben realizarse los correspondientes aportes.” (Resaltado del despacho).

La razón de que la prima de navidad hubiera sido excluida como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, se basa en los Arts. 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, según los cuales, los factores sobre los que se efectúa aportes para dicha prestación, son los mismos que se computan en la liquidación.

Si bien es cierto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, autoriza computar la duodécima parte de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, y no en la de los Soldados Profesionales, también lo es que en cumplimiento de los artículos 17⁸ y 18⁹ ibidem, los Oficiales

⁸ “Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:
17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.
17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

y Suboficiales sí efectúan aportes para la asignación de retiro sobre la prima de navidad, mientras que los Soldados Profesionales no.

De conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política¹⁰, la Fuerza Pública goza de un régimen especial, dentro del cual se pueden establecer diferentes condiciones para sus miembros, razón por la cual se regula en condiciones diferentes el reconocimiento de la asignación de retiro de los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, sin que se pueda confundir con una vulneración al derecho a la igualdad constitucional, pues cada grado cuenta con unos requisitos, exigencias y funciones diferentes, por lo que el Legislador tiene la facultad de establecer regímenes especiales aplicables a los distintos cuerpos de las Fuerzas Militares, así como establecer diferentes condiciones respecto de los grados existentes al interior de cada fuerza.

En ese orden de ideas, tampoco se puede aplicar el principio de favorabilidad contemplado en el Art. 53 de la Constitución Política, ya que no nos encontramos frente a normas que regulen un mismo aspecto en forma contradictoria, caso en el cual procedería aplicar la norma más favorable.

Así lo ha determinado el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Quinta, C.P. Dr Carlos Enrique Moreno Rubio, providencia del 23 de agosto de 2018, AT. Exp No. 11001-03-15-000-2018-01612-01:

“Pues bien, el actor estima que la decisión impugnada carece de fundamento legal para negar la presente acción de tutela, no obstante, la Sala advierte que la confirmará como quiera que se comparten los argumentos allí expuestos y no se vislumbra la presunta vulneración del derecho fundamental invocado. Lo anterior teniendo en cuenta que la colegiatura censurada resolvió el caso del señor Musse Pencue, al tenor de lo señalado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues la decisión de no incluir la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro lejos de obedecer a un trato desigual, tuvo sustento en lo previsto en el Decreto 4433 de 2004, el cual estableció en su artículo 13.2, que para todos los efectos de la asignación de retiro de los soldados profesionales se tendrá en cuenta (i) el salario mensual y (ii) la prima de antigüedad, y en su parágrafo expresamente prevé que “ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales...”

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.”

⁹ 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:

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%).”

¹⁰ (...)La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

En conclusión, y por las razones expuestas, el Despacho negará la pretensión de incluir en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, pues como fue expuesto, en la jurisprudencia referida y en la citada Sentencia de Unificación, las partidas para liquidar la asignación de retiro son únicamente aquellas sobre las cuales el Legislador o el Gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen de manera expresa, respecto de las cuales deberán realizarse los correspondientes aportes, razones por las cuales los actos demandados, en este aspecto se mantendrán incólumes.

5. Indexación.

A las sumas que resulten a favor de la parte actora y a cargo de la entidad demandada, una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado de acuerdo al inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, mediante la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

6. Prescripción.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la reclamación en sede administrativa se formuló el día 27 de junio de 2017 (fls. 21 a 23), y que la asignación de retiro fue reconocida a partir del 30 de marzo de 2017 (fl. 18 reverso), y la demanda fue presentada el 7 de marzo de 2019 (fl.34), el Despacho observa que no han transcurrido más de cuatro (4) años para que se configure el fenómeno de la prescripción cuatrienal en aplicación del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

7. Costas.

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de la contestación de la demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el Artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, denominadas “*Inexistencia de fundamento jurídico para solicitar el reajuste del porcentaje de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro*”, “*Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro*”, y “*Ausencia de vulneración al derecho a la igualdad*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad parcial del **Oficio No. 0043039 consecutivo 2017-43039 del 26 de julio de 2017**, proferido por la Profesional de Defensa del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y del **Oficio No. 0110702 consecutivo 2018-110702 del 23 de noviembre de 2018**, proferido por la Profesional de Defensa del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en lo que respecta a la negativa de reliquidación de la asignación de retiro del señor GERZON GASCA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 96.353.284, de la prima de antigüedad, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor GERZON GASCA VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 96.353.284, teniendo en cuenta lo normado en el

artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, que a la asignación básica, se le aplique el porcentaje de liquidación del 70%, y a ese resultado, se le sume el 38.5%, correspondiente a la prima de antigüedad, efectiva a partir del 30 de marzo de 2017, por cuanto no se configuró la prescripción cuatrienal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL a reajustar año a año la asignación de retiro del señor GERZON GASCA VALENCIA, con la diferencia en la asignación mensual conforme se dispuso en el numeral anterior y hacia el futuro.

QUINTO.- Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

OCTAVO.- Sin condena en costas.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ

JUEZA

AP

Firmado Por:

TANIA INES JAIMES MARTINEZ

JUEZ

JUZGADO 054 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, D.C.-SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f0b63f24bf160141a1282d4eb7f1ed94b19f653906b579adbef44563b31cf537**

Documento generado en 01/09/2020 11:00:54 a.m.