



102

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICACIÓN:** 11001-3335-012-2016-00459-00  
**DEMANDANTE:** OSCAR ANTONIO CARVAJAL HOYOS  
**DEMANDADA:** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

**AUDIENCIA INICIAL  
ARTICULO 180 DE LA LEY 1437 DE 2011  
ACTA N° 424 -2018**

En Bogotá D.C. el primero de noviembre de dos mil dieciocho a las dos y treinta de la tarde, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública la SALA CINCO de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

**INTERVINIENTES**

Parte demandante: FRANCISCO JAVIER BERMUDEZ VARGAS a quien se le reconoce personería de conformidad con el poder allegado.

Parte demandada: RICARDO MAURICIO BARON RAMIREZ a quien se le reconoce personería de conformidad con el poder allegado.

Ministerio Público: No asistió a la audiencia

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Decisión de Fondo

## **SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA, se concede el uso de la palabra a los apoderados quienes no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco la advierte, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

### **DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS.**

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) propone las excepciones), “Falta de legitimación en la causa por pasiva” (fl.39), “Prescripción” (fl.40 reverso), “No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL” (fl.41), “No configuración de causal de nulidad”

Respecto de la excepción: “Falta de legitimación en la causa por pasiva” (fl.39), argumentada en que es el Ministerio de Defensa a quien le corresponde pagar los salarios de los soldados, toda vez que CREMIL únicamente reconoce la asignación de retiro conforme a la hoja de servicio, el Consejo de Estado ha señalado:<sup>1</sup>

*“ En lo que respecta a la autoridad competente para resolver a solicitud de reajuste de la asignación, en efecto, encuentra La Sala que la Caja de Retiro de las fuerzas Militares es la responsable de reconocer y pagar las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la ley señale, a quienes adquieran este derecho, y, por tanto, el hecho de incluir o no en el petitum de la demanda al Ministerio de Defensa, no es óbice para negar la pretensión a que se refiere el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, tal y como se concluyó en la citada providencia de 22 de octubre de 2015 (expediente núm., 2015- 02516, Consejero ponente. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez). ”*

Bajo dicha consideración no prospera la excepción previa de “Falta de legitimación por pasiva”.

En cuanto a la excepción de “Prescripción” (fl.61) se pronunciará el Despacho una vez se determine si al demandante le asiste o no el Derecho pretendido.

Frente a las demás excepciones, en realidad constituyen argumentos de defensa sobre los cuales se emitirá pronunciamiento con la sentencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia de 2 de marzo de 2016, expediente núm. 2015-02617 Actor: Nelson Santiesteban López. M.P. María Elizabeth García González.

**FIJACIÓN DEL LITIGIO**

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en la demanda y su contestación, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

<b>OSCAR ANTONIO CARVAJAL HOYOS (fl.73)</b> <b>C.C. 71.252.504</b>
<b>Hoja de servicios Nos. 33-71252504 16 septiembre de 2015 (Fl. 6)</b>
<b>TIEMPO SERVICIOS (fl.6)</b> 20 años, 03 meses y 03 días.
<b><u>ACTO DE RECONOCIMIENTO</u></b> <b>Resolución Nro 10078 de 15 de diciembre de 2015 (fl 7-8)</b> , ordenó el pago de la asignación de retiro como Soldado Profesional (R) en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad a partir del 20 de noviembre de 2015.
<b>PARTIDAS COMPUTABLES PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO</b> Sueldo básico y prima de antigüedad 38.5. (fl.7 reverso).
<b><u>VINCULACIÓN</u></b> <b><u>Soldado voluntario</u></b> 17 de julio 1997 al 31 de octubre de 2003 (fl 06) <b><u>Soldado profesional.</u></b> 01 de noviembre de 2003 al 20 de agosto de 2015
<b><u>FECHA PETICIÓN</u></b> 6 de julio de 2018 (fl.2)
<b><u>PRETENSIONES</u></b> Reliquidación de su asignación de retiro: i) Con base a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir sobre el salario mínimo incrementado en un 60%, Se aplique lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir 70% de la asignación básica mas 38.5 prima de antigüedad
<b><u>ACTO ACUSADO</u></b> <b>Oficio 2016-48100 de 19 de julio de 2016 (fl.5)</b>

**Se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten sobre los hechos tenidos como probados anteriormente por el despacho.**

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca el litigio se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta teniendo en

cuenta i) el incremento del salario percibido en actividad, es decir, el SMMV aumentado en un 60%, y ii) si la prima de antigüedad debe ser sumada una vez se liquide el sueldo total por interpretación favorable del artículo 2º del Decreto 1794 para quienes con anterioridad a su vigencia se encontraban vinculados como soldados voluntarios.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

### **CONCILIACIÓN**

El apoderado de CREMIL aporta acta del comité de conciliación en el que decide no conciliar, y precisa que mediante la Resolución 11429 de 17 de abril de 2018 se ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro. Dada la posición de la parte demandada, se declara fallida la etapa de conciliación.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

### **DECRETO DE PRUEBAS**

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados por las partes, y como no solicitaron la práctica de pruebas adicionales, se declara cerrado el debate probatorio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

### **ALEGACIONES FINALES**

Las partes presentaron sus alegaciones

### **CONSIDERACIONES**

La parte demandante considera que no fue liquidada correctamente la asignación de retiro al Soldado Oscar Antonio Carvajal Hoyos, por las siguientes razones:

1. Porque al haberse vinculado como soldado voluntario, y posteriormente incorporado como profesional le corresponde una asignación básica equivalente al salario mínimo incrementado en un 60%, como beneficiario de la transición normativa.
2. Porque se está realizando una doble afectación de la prima de actividad en la asignación de retiro, toda vez que viene calculándose el 70% del resultado de sumar la asignación básica con la prima de antigüedad.

Se realizará el estudio de los dos cargos presentados, pese a que en la etapa de conciliación el apoderado de Cremil, manifestó que mediante la Resolución 11429 de 17 de abril de 2018 se ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro, por las diferencias que se pudieran presentar.

Por razones de metodología se abordará el estudio de los problemas jurídicos planteados en capítulos independientes así:

**Sobre la remuneración equivalente al salario mínimo incrementado en un 60%**

En cuanto al salario básico de los soldados profesionales, que con anterioridad a la vigencia del Decreto 1793 de 2000, se encontraban vinculados como "soldados voluntarios", existen dos tesis:

TESIS DE CREMIL	PARTE DEMANDANTE
Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) =140%	Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 60%) =160%
Fundamento: aplica lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, que establece la remuneración de los soldados profesionales.	Fundamento: debe conservar la remuneración de un soldado voluntario prevista en el Decreto 131 de 1985, por efecto de una transición normativa y respeto a los derechos adquiridos.

La **Ley 131 de 1985** durante su vigencia, reguló la "bonificación" del servicio militar voluntario, e indicó en el artículo 4° <sup>(2)</sup> que quien lo preste, recibirá una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Por su parte, el **Decreto 1793 de 2000**, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; permitiendo con el artículo 42 <sup>(3)</sup>, su aplicación tanto a los soldados voluntarios incorporados conforme a la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales, cuyo fundamento es el régimen salarial y prestacional de la Ley 4 de 1992.

Con base en lo anterior, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales indicando en su artículo 1° lo siguiente:

**"ARTICULO 1. ASIGNACION 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

<sup>2</sup> ARTICULO 4°.- El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

<sup>3</sup> ARTICULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

*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%).” (Negrillas del Despacho)*

La interpretación de esta normatividad, la hizo recientemente el Consejo de Estado<sup>4</sup> con criterio unificador en los siguientes términos:

*Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente (...) en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.*

*En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.*

*La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*

*En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.”*

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y atendiendo el principio de respeto por los derechos adquiridos y de igualdad, los soldados y/o infantes de marina **voluntarios que estuviesen vinculados a 31 de diciembre de 2000 en las Fuerzas Militares tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.**

**Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 60%) =160%**

Establecida, la asignación salarial mensual de un soldado voluntario, incorporado posteriormente como profesional, resta decir, que las demás prestaciones que señala el Decreto 1794 de 2005 para los soldados profesionales les son aplicables, el alto Tribunal señaló al respecto:

*“Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los*

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Consejera Ponente: **Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**. Radicación número: CE-SUJ2 850013333002201300060 01

*soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; (...)*

*(...) se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías."*

*En consecuencia se concluye, que por mandato expreso del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, **cuyos efectos son extensivos a todos los soldados profesionales**, -inclusive los vinculados inicialmente como voluntarios-, **en la liquidación de las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad; el subsidio familiar y las cesantías**. Por tanto, tiene también incidencia directa en la base de liquidación de la asignación de retiro partiendo de una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*

**PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

*Previo a abordar el problema jurídico, respecto si corresponde sumar o no la prima de antigüedad con la asignación básica para establecer la base de la asignación de retiro, el Despacho procede a relacionar los antecedentes .*

*La jurisprudencia ha venido accediendo a esta pretensión, ordenando liquidar la prima de antigüedad con el 38.5%, resultado que se adiciona directamente al 70% del salario básico.*

*Dicha fórmula fue adoptada por cuanto se advirtió que la Asignación de retiro de los soldados profesionales era liquidada de manera inequitativa en comparación con la forma en que se liquidaba a los restantes miembros de las fuerzas militares, y por ende aplicar a la prima de antigüedad el 70% para establecer la asignación de retiro, de la forma en que se hace para los demás miembros de la fuerza, arrojaba un valor muy disminuido de la asignación.*

*Este Despacho **puesto en la tarea de revisar las razones por las cuales se presenta la tan denotada desigualdad** consideró, en providencia anterior, que existía una omisión legislativa y con fundamento en ella modificó la fórmula que en términos generales se viene aplicando en la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, revisado nuevamente el tema se advierte que, en realidad, no se tipifica la supuesta omisión legislativa sino que se trata de un asunto de **inconstitucionalidad de los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 del 2004**, como se explicará a continuación.*

**Inaplicación por Inconstitucionalidad del numeral 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**

El art 13 del Decreto 4433 del 2004 establece las partidas computables para determinar el monto de la asignación de retiro.

*ARTICULO 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.* (Se subraya)

Como se puede observar, el numeral 13.1 regula para los oficiales y suboficiales la inclusión total de la prima de antigüedad, en tanto que en el numeral 13.2 la limita a los porcentajes establecidos en el art. 18 de la misma reglamentación.

La diferencia podría obedecer a que los primeros cotizan en actividad sobre el total de la prima en tanto que a los soldados profesionales el legislador estableció la base de liquidación disminuyéndola según los años de servicio.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en la Constitución Política, Acto legislativo 01 del 2005, las pensiones, asignación de retiro en este caso, están directamente relacionadas con las cotizaciones que se hicieron en actividad.

*“Art. 1. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”*

En ese sentido se otorga como tasa de retorno el 70% del valor de dichas partidas. Así se dispuso en el caso de los oficiales y suboficiales quienes cotizaron sobre el 100% de valor en el Artículo 15 del Decreto 4433 de 2004

**ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.** *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares(...) 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, así:*

Art. 15.1 *Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.*

*Pero, como ya se dijo, en el caso de los soldados la base de cotización de la prima de antigüedad varió, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la misma normatividad: (Decreto 4433 de 2004)*

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

*Lo anterior significa que el soldado que se jubile con 20 años de servicio, para tomar un ejemplo, habría cotizado solo 9 años con el 38,5%, en tanto que los primeros once años realizó aportes sobre una base superior, razón por la cual resulta contrario al precepto constitucional que reciba sólo el 38%, cuando el mandato establece una directa relación entre aportes y pensión.*

*Teniendo en cuenta entonces que la capitalización de los aportes permite sostener la pensión, consentir que la entidad administradora de los recursos pensionales, CREMIL, se haya usufructuado del mayor valor de aportes y no devuelva en pensión lo aportado por el actor, resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005, según el cual la pensión o asignación de retiro se rige por el sistema de capitalización, motivo por el cual corresponde inaplicar por Inconstitucional el numeral 13.2.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*

**La prima de antigüedad como parte del salario.**

*Es importante destacar que la prima de antigüedad hace parte del salario base de cotización para la asignación de retiro de los soldados profesionales, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.*

*ARTICULO 39. REGIMEN DE PENSIONES. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993. El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. (..)*

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

Esta norma es acorde con lo señalado en el régimen general de pensiones pues el Decreto 1158 de 1994 reglamentario de la ley 100 estipula como factor salarial la obligación de incluir en la base de cotización la prima de antigüedad en su totalidad. De manera que por principio, no podría incluirse solo un porcentaje de la prima antigüedad porque estaría la norma especial restringiendo derechos otorgados en la norma general.

Entiende entonces el Despacho que la intención del legislador al disminuir la base de cotización fue favorecer al soldado profesional con mayor antigüedad, lo que puede interpretarse como un subsidio, fijándole un menor porcentaje de cotización, sin embargo terminó afectándolo gravemente en sus derechos pensionales, pues de haber cotizado sobre el 100% de la prima de antigüedad, le asistiría el derecho a ser incluida en la asignación de retiro en su totalidad, sin necesidad de interpretaciones constitucionales.

Resta apuntar que la fijación del **salario** base de cotización tiene una connotación adicional y es permitir que el empleado cuente al momento de pensionarse, gracias a los rendimientos financieros de sus aportes, con un nivel de vida similar al que mantuvo cuando estaba activo, derecho relacionado con el mínimo vital y condiciones de vida digna.

#### **Sobre la liquidación de la prima de antigüedad.**

En relación con la inclusión de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, existen dos tesis que se ilustran en el siguiente cuadro:

TESIS DE CREMIL →	70% del <u>(Salario Básico + Prima de Antigüedad 38.5%)</u>
PARTE DEMANDANTE → -	<u>(70% del salario básico)</u> + <u>(prima de antigüedad 38.5%)</u>

Nótese que la diferencia radica en que la entidad para establecer la base de liquidación suma el salario básico con la prima de antigüedad y sobre este resultado calcula el 70%, mientras que la parte demandante solicita se calcule el 70% del salario básico, y a este resultado se le sume el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

La jurisprudencia<sup>5</sup> de esta sección, como ya se dijo, ha optado por la segunda tesis: "la liquidación ordenada por el artículo 16 del Decreto 4433 de

<sup>5</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Magistrado Ponente: Dr. Alberto Espinosa Bolaños Expediente 110013335011-2015-00159-01 Demandante Hernando De Jesús Cano Cáceres Demandado Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares

2004, se hace tomando el sueldo básico al cual se le debe aplicar el 70% señalado en la norma y a este valor se le suma la prima de antigüedad". Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 2014<sup>(6)</sup>, señaló:

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

*En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo "contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica", como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé (...)"*

Ahora bien, según el análisis realizado por este Despacho en el que concluyó que la cotización sobre la prima de antigüedad en un 38.5% al tenor del artículo 18 del Decreto 4433 del 2004, es un tipo de subsidio otorgado por el legislador para los soldados más antiguos, no puede incluirse parcialmente la prima de antigüedad en la asignación de retiro, por ser parte del salario base de cotización.

En consecuencia, la base pensional debe ser liquidada bajo la siguiente fórmula:

$$70\% \left( (\text{SMLMV } 100\%) + (\text{Incremento en un } 60\%) + (\text{Prima de antigüedad } 100\%) \right)$$

La tesis expuesta por este Despacho, en la que se incluye la prima de antigüedad en un 100%, no permite aplicar el criterio adoptado por la jurisprudencia en el que se calcula el 70% del Salario base, y luego se suma la prima de antigüedad, porque bajo esta fórmula se estaría reconociendo en la asignación un 100% de la prima de antigüedad.

Con fundamento en estas razones, se ordenará que la asignación de retiro se liquide con el 70% de la asignación básica y prima de antigüedad tomada en su totalidad, elementos que integran la base de liquidación de la asignación de retiro según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 39 del Decreto 1793.

**Caso concreto**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor **OSCAR ANTONIO CARVAJAL HOYOS** una asignación de retiro con la Resolución Nro 10078 de 15 de diciembre de 2015, en cuantía del 70%, de la suma del

Controversiasoldado Profesional Prima De Antigüedad Providencia Fallo De Segunda Instancia ver también: 11001-33-42-051-2016-00034-01, 11001-33-35-018-2015-00419-01, 25307-33-40-002-2016-00061-  
<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Expediente núm. 2014-02292-01, C.P. Dra. María Elizabeth García González.

SMLMV incrementado en un 40% junto con la prima de antigüedad en un 38.5%, de lo devengado en actividad, por su calidad de Soldado profesional.

Con la **Hoja de servicios** Nos. 33-71252504 16 septiembre de 2015 (Fl. 6), se establece que el actor estuvo vinculado al ejército nacional como soldado voluntario el 17 de julio 1997 al 31 de octubre de 2003 (fl 06); pasó a ser Soldado profesional prestando sus servicios hasta el 20 de agosto de 2015 (fl.6), es decir que su vinculación al Ejército Nacional fue regida inicialmente por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985 y posteriormente por los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

**Respecto a la inclusión del 20% en la asignación de retiro.**

En este sentido de acuerdo a la sentencia de unificación reseñada y a la situación fáctica anotada en el subjuice, se puede colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto estaba vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y pasó a ser soldado profesional a partir del 14 de agosto de 2003, razón por la cual **tiene derecho a que su asignación básica fuera de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%**, -y no en el 40% como lo venía liquidando la Caja-, y por lo tanto esta misma es la que debe ser tomada para su asignación de retiro.

**Respecto al reajuste por la inclusión de la prima de antigüedad.**

Acorde con el análisis normativo que precede, según el cual debe inaplicarse por inconstitucionalidad al artículo 13.2.1 del Decreto 4433 del 2004, el salario mensual como partida computable para la asignación de retiro del soldado profesional comprende la asignación básica más el 100% de la prima de antigüedad que devengaba al momento del retiro.

En consecuencia la liquidación del IBL deberá efectuarse teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante previo al reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, al salario básico devengado, que como se dijo corresponde al salario mínimo incrementado en un 60%, sumarse la prima de antigüedad en su totalidad, y de este resultado tomarse el 70% que corresponde a la asignación de retiro.

<b>Partidas Computables</b>
Sueldo básico soldados profesionales (SMMLV + 60%)
La prima de antigüedad que se devengó en actividad en su totalidad
<b>Asignación de retiro corresponde al 70% de las dos partidas anteriores</b>

Corolario de lo visto la fórmula de liquidación de la asignación es la siguiente:

$$\text{Asignación de Retiro} = 70\% \left[ \frac{\text{Sueldo básico: 1.6 SMMLV} + \text{Prima de Antigüedad 100\%}}{\text{Antigüedad 100\%}} \right]$$

**Improcedencia de realizar descuentos por la diferencia que surge de incorporar el 100% de la prima de antigüedad en la base de liquidación.**

En la generalidad de los casos cuando se ordena reliquidar una asignación de retiro, adicionando un factor o un mayor porcentaje del mismo se ordena que se realicen los respectivos descuentos para cubrir la diferencia en los aportes con destino al Sistema de Pensiones y el Despacho así lo ordenó en providencia anterior.

No obstante, comoquiera que la causa por la que el demandante no cotizó sobre el cien por ciento de la prima de antigüedad, fue la disposición del legislador entendida como una prerrogativa o privilegio especial a favor de los soldados con mayor antigüedad (cotización en menor porcentaje a partir del quinto año, como lo señala los numerales 18.3.1 a 18.3.7 del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004) no hay lugar a ordenar descuentos por la diferencia de aportes.

**PRESCRIPCION**

No existe prescripción por cuanto la asignación de retiro se reconoció a partir del 20 de noviembre de 2015 (Ver R.10078/15 - fl.7 reverso), y la reclamación de reajuste fue presentada el 6 de julio de 2016 (fl.2).

**INDEXACION**

Los valores resultantes serán ajustados con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la asignación de retiro, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

**CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del CPACA señala:

*“... 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.”.*

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

*“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

*3.1. ASUNTOS.*

*3.1.1. Única instancia.*

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>7</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.
- Frente a la reliquidación de asignación básica existe sentencia de unificación.
- Sobré las pretensiones de prima de antigüedad no existe línea jurisprudencial que pudiera seguir la entidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- Los apoderados de las partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso.

<sup>7</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

- La entidad demandada contestó el traslado de la demanda y propuso excepción previa que fue denegada.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas.
- Y teniendo en cuenta que el reajuste del 20% se hizo mediante acto administrativo (Resolución 11429 de 2018)

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, se condenará en costas por agencias en derecho a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por haber sido vencida en juicio a favor del demandante con medio Salario mínimo legal mensual vigente. (0.5)

**GASTOS DEL PROCESO**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de la suma consignada para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO.** No declarar la prescripción por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLÁRAR** la nulidad del Oficio 2016-48100 de 19 de julio de 2016, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición presentada por el señor **OSCAR ANTONIO CARVAJAL HOYOS** identificado con **C.C. 71.252.504**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a reajustar la asignación mensual de retiro del señor **OSCAR ANTONIO CARVAJAL HOYOS** identificado con **C.C. 71.252.504**, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y cancelar las diferencias indexadas producto del reajuste ordenado.

**CUARTO.** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**QUINTO. CONDÉNAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO** a la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** por la suma equivalente a medio (0.5) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEXTO: DESTINAR** los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEPTIMO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

*Decisión notificada en estrados*

*La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término de ley.*

**PARTE DEMANDANTE: NO INTERPONE RECURSOS.**

**PARTE DEMANDADA: INTERPONE RECURSO Y LO SUSTENTARA EN EL TÉRMINO LEGAL**

*Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.*

La juez,



**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ**

Parte demandante

**FRANCISCO JAVIER BERMUDEZ VARGAS**

Parte demandada

**RICARDO MAURICIO BARON RAMIREZ**

Secretario ad hoc.



**JOSÉ CLEMENTE GAMBOA MORENO**