



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aidée Anzola Linares CAN piso 4º

– Sede de los despachos judiciales,

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, julio treinta y uno (31) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2018-00072-00
Demandante:	FIDELINO PRADA ALAPE
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL. 20% soldados voluntarios, <i>prima de antigüedad y prima de navidad</i>

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: El señor **FIDELINO PRADA ALAPE** presentó demanda contra CREMIL, solicitando la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios nos. 2016-82304 de 14 de diciembre de 2016 y 2017-73697 de fecha 20 de noviembre de 2016, por medio de los cuales la entidad demanda le negó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo el 60% de la asignación básica, el

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

70% de la asignación básica, más el 38, 5% de la prima de antigüedad, y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

Además, solicitó que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se condene a la entidad aquí accionada a reliquidar la asignación básica incluyendo: i) el 60% de la asignación básica establecida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, (ii) el 70% de la asignación básica, más el 38, 5% de la prima de antigüedad dispuesta en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004 y (iii) la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

Por último solicitó, condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas deudas por concepto de la reliquidación de la asignación del retiro, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la asignación hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A, así como la condena en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Hechos:

2.2.1 Afirma el señor FIDELINO PRADA ALAPE que prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y que una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

2.2.2. Sostuvo que a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional y previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la entidad demandada mediante Resolución N° 3570 de fecha 13 de junio de 2012 le reconoció asignación de retiro.

2.2.3. Indicó que el 28 de noviembre de 2016, radicó petición ante CREMIL, a la cual se le asignó el No. 20160101783, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000 y se liquide la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De la misma manera señaló que el 14 de diciembre de 2016 mediante acto administrativo No. 2016-82304 la Caja de Retiro dio respuesta a su pedimento, negando lo solicitado, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

2.2.4. Adicionalmente manifestó que el 7 de noviembre de 2017, el actor presentó petición ante la entidad demandada solicitando que, en la liquidación de su asignación de retiro, fuera incluida como partida computable la prima de navidad, reclamación que fue radicada bajo el no. 20170106521. En respuesta a dicho memorial la parte demandada el 20 de noviembre de la misma anualidad profirió acto administrativo contenido en el oficio no. 2017-73697, negándola.

2.2.5. Manifestó que al momento de reconocer la asignación de retiro se tuvo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un **cuarenta por ciento (40%)**.

2.2.6. Expuso que la Caja viene liquidación la mesada del actor tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70%, determinando de esta forma la mesada a cancelar.

2.2.7. Finalmente afirmó que la entidad demandada en la asignación de retiro del actor no le está computando la partida computable de la prima de navidad, sin que exista fundamento jurídico o fáctico para su exclusión.

2.3. Normas violadas: Como normas violadas se citan en la demanda: los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, además de la Ley 131 de 1958, Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 del 200 y Decreto 4433 de 2004. Así mismo invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 53 y 58 y de orden legal la Ley 131 de 1985, Ley 4º de 1992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

En su **concepto de violación**, La parte demandante argumenta que el acto administrativo impugnado a través del presente medio de control, es nulo debido a que la entidad demandada incurrió en una falsa motivación y desconoció abiertamente las normas que regulan la materia, por lo que resalta que es procedente la anulación del acto acusado, (fl. 19 - 39).

Sostiene que CREMIL, al expedir el acto acusado y negar la liquidación de la asignación de retiro del accionante de acuerdo con la asignación básica establecida para su cargo incrementada en un 60% conforme al inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, vulneró el derecho fundamental a la igualdad, según el cual el estado se encuentra en la obligación de tener en cuenta todos los ingresos percibidos por el trabajador para determinar su mesada pensional, generando un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política en este sentido.

Advirtió además que la formula aplicada por la entidad demandada para liquidar la prima de antigüedad no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues la misma debió ser calculada con el 70% de la asignación básica y al valor resultante se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad y no doble descuento como lo hizo la entidad.

Sostuvo que el Decreto 4433 de 2004 al fijar el régimen pensional y de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en su artículo 13 incluye la prima de navidad dentro de las partidas computables para efectos de liquidar tales prestaciones, pero restringe su aplicación solamente a los oficiales y suboficiales excluyendo a los soldados profesionales norma anterior, que 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.

Finalmente, relacionó jurisprudencia del Consejo de Estado de casos análogos donde se reconoce los derechos reclamados.

2.4. Actuación procesal: La demanda (i) fue presentada en la oficina de apoyo de los juzgados administrativos de Bogotá el 26 de febrero de 2018², (ii) El 25 de abril de 2018 la demanda fue admitida³ (iii) el 6 de noviembre siguiente se efectuó la notificación a la Caja de Retiro y a las demás partes intervinientes y se corrió el término legal para contestar la demanda⁴ (iv) Con providencia de fecha 18 de octubre se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial el día 21 de noviembre de 2019⁵, la cual no se celebró como consta en el informe secretarial que antecede⁶ en

2 Folio 45 del expediente

3 Folio 47

4 Folio. 51 – 56

5 Folio. 100

6 Folio 101

razón a que en esa fecha no corrieron términos judiciales y (v) finalmente a través de auto de fecha 3 de julio de 2020⁷, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020⁸, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

2.5.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda⁹. Para el caso concreto aceptó todos los hechos expuestos por la parte demandante en la demanda.

Respecto de la pretensión relacionada con el aumento del 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, manifestó que la entidad demandada el 18 de enero del 2018¹⁰, expidió Resolución No. 867 por medio de la cual, la entidad, ordenó el incremento de la partida del sueldo básico del demandante en un 20% dentro de su asignación de retiro, a partir del 4 de septiembre de 2014, conforme lo dispuso la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹¹ para aquellos soldados que desempeñaban como voluntarios y fueron incorporados como profesionales.

Sostuvo que la forma de liquidación de la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es la siguiente:

$$\begin{aligned} \text{"Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) = 140\% \\ \text{Prima de Antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

$$\text{Asignación de retiro: 70\%} = (\text{Sueldo Básico} + 38.5\% \text{ de Prima de Antigüedad Fl. 59})$$

De ahí que, en su criterio la prima de antigüedad se encuentra bien liquidada. En este sentido, sostuvo que la entidad aplicó la normatividad vigente al momento de los hechos para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor, ajustándose

7 Fl. 102

8 Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

9 Folios 58-65 del expediente

10 Acto administrativo allegado por la apoderada de CREMIL junto con la contestación de la demanda (folios 83-86 del expediente)

11 Sentencia de unificación CE-SUJ" 8500133330022013006001 de 25 de agosto de 2016, Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez; que fue aclarada mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, promovida por Benicio Antonio Cruz contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

estrictamente a las partidas computables, así mismo expresó que en el presente caso no se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad, en consideración a que el legislador estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, respecto de la pretensión relacionada con la inclusión de la prima de navidad, señaló que dicha partida se estipuló para los oficiales y suboficiales, razón por la que la Caja, no liquidó dicha partida en la asignación de retiro del demandante, obrando de esta manera con el mandato legal. por todo lo anterior solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.6. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos de la demanda, respecto de la prima de antigüedad indicó que del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 por medio del cual el Gobierno Nacional estableció el Régimen Pensional para el personal de Soldados Profesionales pertenecientes a las Fuerzas Militares, se puede apreciar de la lectura de artículo 16 que el ejecutivo al disponer el procedimiento que debe seguir la Caja de Retiro para la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales es la de aplicarle el 70% a la asignación básica y a este resultado se le debe adicionar el 38,5% de dicha asignación como prima de antigüedad, motivo por el cual solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo acusado y se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la liquidación de la asignación de retiro de su poderdante tomando el 70% de la asignación básica y a este resultado adicionarle el 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad, de conformidad a la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

Así mismo manifestó que de conformidad con el artículo 13° del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 la prima de navidad que se les paga anualmente a los integrantes de la Fuerza Pública es tomada en cuenta como partida computable para la liquidación de las asignaciones de retiro la pensión de invalidez y de sobreviviente. Y es así como en la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes de policía y el personal civil del ministerio de la defensa se le reconoce esta prestación como partida para la liquidación de sus

asignaciones de retiro, y en forma inexplicable no se tiene en cuenta para la liquidación en el caso de los soldados profesionales.

2.6.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos por escrito, los cuales quedaron consignados en el audio que reposa en el expediente, en el que expresó que si bien la entidad que representa no desconoce la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado sobre la materia. Sin embargo aclaró que respecto del caso concreto del señor Pedro Rivera Prieto, este elevó solicitud de reconocimiento de cesantía parcial con fecha 30 de noviembre de 2016 y que la entidad que representa profirió Resolución No. 3003 de 21 de abril de 2017 y según certificación expedida por la Fiduprevisora el dinero fue puesto a disposición del demandante el día 27 de julio de 2017 y no como quedó en el escrito de la demanda, según el cual el dinero fue puesto a disposición de la parte demandante el 5 de diciembre de 2017. Por lo anterior solicitó al despacho tener en cuenta el material probatorio arrojado para establecer claramente la fecha efectiva de pago.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico a resolver o fijación del litigio, el cual consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios nos. 2016-82304 de 14 de diciembre de 2016 y el 2017-73697 de 20 de noviembre de 2016, por medio del cual la entidad demanda le negó la liquidación de la asignación de retiro al actor.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si el señor FIDELINO PRADA ALAPE, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro incluyendo: i) el 60% de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º, inciso 2 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, (ii) la liquidación de la asignación de retiro, con el 70% de la asignación básica, conforme

lo señala el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004 adicionando el 38,5% de la prima de antigüedad y (iii) la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

Al respecto, el Despacho estudiará en primer lugar si el actor se encuentra bajo la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, esto es, si al 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado de acuerdo con la ley 131 de 1985, devengará un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, **que es el porcentaje sobre el cual debió liquidarse su asignación en actividad**, y no sobre el incremento del 40%.

En lo atinente a tal pretensión, no pasa por alto el despacho que la entidad demandada expidió la Resolución No. 867 de 18 de enero de 2018¹², por medio de la cual ordenó la inclusión del 20% adicional reclamado por la parte actora, tal como se puede observar en el desprendible que funge en el expediente¹³ en el que avizora que la entidad realizó el aumento del 20% a la asignación básica, reajustando la misma en un 60%, pruebas con las cuales queda allanada la demanda en este sentido.

Respecto de la segunda pretensión, encaminada a que se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el despacho hará una interpretación del mentado artículo para determinar si al actor le asiste el derecho que reclama, tendiente a que la asignación de retiro sea reliquidada con el setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Finalmente, el despacho debe determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca como partida computable a la doceava parte de la prima de navidad de conformidad con lo dispuesto en el decreto 4433 de 2004.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** régimen salarial de los miembros del Ejército Nacional – Soldados Voluntarios vs. soldados profesionales, **ii)** el régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales y con ello la pretensión relacionada a que se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **iii)** Del reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la doceava parte de la prima

¹² Folios 83 y 84 del expediente

¹³ Folio 79

de navidad, **iv)** De la sentencia de unificación del Consejo de Estado concerniente al caso concreto, **v)** El caso concreto

4.- NORMAS APLICABLES Y UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

4.1.- Del régimen salarial de los miembros del ejército nacional – soldados voluntarios y soldados profesionales

De manera previa conviene delimitar cuales son los regímenes jurídicos que gobiernan el asunto *sub judice*, atendiendo a las calidades del demandante como soldado voluntario que posteriormente pasó a ser soldado profesional y de lo que se destaca:

Que con la expedición de la Ley 131 de 1985 – artículo 2º ^{14.}, el legislador reguló lo concerniente a la prestación del servicio militar obligatorio, contemplando en favor de aquellos soldados que luego de haber culminado su servicio militar, tuvieran la posibilidad si así lo deseaban, de continuar prestando sus servicios a la patria como soldados voluntarios, fijando para ellos por concepto de bonificación mensual, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

Con posterioridad dicha condición de aquellos soldados voluntarios, fue regulada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1794 de 2000, *“por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, estableciendo para quienes se vincularan a partir de la vigencia de dicha norma en los cargos señalados, esto es, como soldados profesionales, devengarían por concepto de asignación mensual la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, dejando en todo caso sentado que los soldados que estuviesen vinculados en los términos de la Ley 131 de 1985, y pasaran a ser soldados profesionales, continuarían devengando la suma equivalente un salario mínimo legal mensual

14 “ARTICULO 20.- Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.

Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 10.- El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 20.- La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno(...)

ARTICULO 40.- 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. (...)” (Negrilla fuera de texto).

vigente adicionada en un 60%; así lo expresó en su tenor literal el artículo 1° del mentado Decreto¹⁵.

4.2.- Del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales

La Ley 923 de 2004¹⁶, se encargó de fijar al Gobierno Nacional el contenido general del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, señalándole como principios los de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad; como objetivos y criterios, el respeto de los derechos adquiridos, la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas, entre otros, estableciendo los elementos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro¹⁷.

Posteriormente, mediante el Decreto 4433 de 2004, artículo 16¹⁸, que en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional determinó el régimen

15 “ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

16 Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

17 “3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).(…)”

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. **En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.** (Negrilla fuera de texto).

3.10. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

18 “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**

pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Ahora los Soldados Profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplan 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, y la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

En relación con el cómputo del salario mensual para efectos de la asignación de retiro, la norma del mismo estatuto, en el artículo 13¹⁹, señala que las partidas computables de los soldados profesionales, corresponde al salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 más la Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo Decreto.

Como se advierte, frente a la partida computable de salario mensual, remite al Decreto 1794 visto en el apartado 4.1 que fijó el régimen salarial de dicho personal, pero solamente a lo establecido en su primer inciso, que indica que 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, excluyendo expresamente el inciso segundo, que preveía una situación de transición para los soldados voluntarios que al 31 de diciembre de 2000 devengaban un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), para seguirlo devengando en actividad.

Así, la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se liquida con el 70% del salario mensual y que debe corresponder a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (artículo 18).

De esta manera, en tratándose de la prima de antigüedad, el artículo 18 *ibídem*, dispuso que los soldados profesionales de las Fuerzas Militares aportarían a la Caja

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.” (Subrayado del Despacho)

19 “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.”.

de Retiro un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación y, que el mismo se liquidaría sobre diferentes porcentajes de acuerdo con el tiempo de servicios²⁰.

Ha de precisarse que el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 señaló expresamente que *“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”*, lo que indica que, el gobierno Nacional debidamente legitimado para expedir el régimen de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, estableció una **taxatividad** en materia de partidas computables, sin que sea procedente la inclusión de porcentajes adicionales, o partidas que son propias de otros miembros de la entidad castrense como oficiales y suboficiales.

4.3. Del reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Respecto de este aspecto, el Decreto 1793 de 2000, en su artículo 38 dispuso que el Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

Luego, el Decreto 1794 de 2000 *–por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares* – en su artículo 5° frente a la prima de navidad dispuso: “El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente-una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (59%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre de cada año. PARÁGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12)

²⁰ (i) 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años. (ii) 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año. (iii) 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año. (iv) 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año. (v) 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. (vi) 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año y (vii) 18.3.7 **El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.** (Negrilla fuera de texto)”.

parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad."

De otro lado, el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13²¹ señaló las partidas computables de la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares y de cara con la anterior disposición normativa, obsérvese que el legislador limitó las partidas computables a tener en cuenta para la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin incluir los demás emolumentos salariales que estos pudieren percibir en actividad.

Sobre el particular, en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019²², el Consejo de Estado precisó:

"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."

Finalmente, y respecto de la prima de navidad fue un emolumento consagrado únicamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y por ello, dicha pretensión no tiene vocación de prosperidad.

4.4. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado concerniente al caso concreto

No obstante la claridad aparente, que traía consigo la norma precitada en el acápite anterior, surge una disyuntiva en cuanto a la remuneración de esta "categoría de soldados" – los que pasaron de ser soldados voluntarios a profesionales –a quienes la entidad responsable remunera su actividad, teniendo en cuenta los parámetros del inciso primero del art. 1º del Decreto 1794 de 2000,

21 "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: 13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 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." (Resaltados del Despacho)

22 Sección Segunda, C. P. William Hernández Gómez, 25/04/2019, Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01

esto es, cancelándoles un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40%; con ello surge un aparente desconocimiento del derecho que inicialmente había sido salvaguardado por la norma en cita y frente a lo que se inicia la pugna jurídica de tales derechos.

Ante esta situación, y precaviéndose la disparidad de criterios al respecto, el Consejo de Estado, en la reciente sentencia de unificación del 25 de abril del 2019²³, precisó:

“De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, 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....

4. 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:

4.1. 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 deba liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1º 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.

4.2. 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 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. 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

23 Sección Segunda, C. P. William Hernández Gómez, 25/04/2019, Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01

requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

6. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

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

7. 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.

8. 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.
(...)

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.

De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

4.5. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora que se declare la nulidad de los actos administrativos contenido en el Oficio N° 2016-82304 de 14 de diciembre de 2016, por medio del cual, la entidad demandada negó al demandante, en su calidad de Soldado Profesional, el incremento de la asignación de retiro en un 20% adicional al 40% que recibe, de tal forma que le permita percibir un aumento del 60% de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 y la solicitud relacionada con que se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. De la misma manera impetra la nulidad del oficio no. 2017-73697 del 20 de noviembre de 2017, por medio del cual la caja negó al actor la inclusión de la prima de navidad como partida computable

A título de restablecimiento del derecho impetra que se ordene el reconocimiento y pago del incremento de la asignación de retiro en un 20% adicional al 40% que recibe, de tal forma que le permita percibir un aumento del 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 y el reconocimiento del 38.5% de la prima de antigüedad, como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como la inclusión de la prima de navidad como partida computable.

Pues bien, se encuentra acreditado en el proceso²⁴ que el señor Fidelino Prada²⁵, prestó su servicio militar obligatorio, como soldado regular desde el 2 de mayo de 1991 hasta el 7 de noviembre de 1992, pasó a soldado voluntario entre el 1° de junio de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1° de noviembre de 2003 al 30 de marzo de 2012. Por último, le reconocieron los tres meses de alta desde el 31 de marzo de 2012 hasta el 1° de julio de 2012 para un tiempo total de servicios de **20 años, 5 meses y 24 días**, tal como se evidencia en la hoja de servicios N° 3-11319391 expedida el 2 de abril de 2012 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional²⁶.

Con la citada hoja de servicios, se acredita que el demandante en la nómina del mes de marzo de 2012 devengó: sueldo básico y la prima de antigüedad soldado profesional en un porcentaje de 58,50%, seguro de vida subsidiado.

Mediante Resolución N° 3570 del 13 de junio de 2012 la Caja de Retiro CREMIL reconoció asignación de retiro a partir del 30 junio de 2012 en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 del 30 de diciembre de 2014), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar²⁷.

El 28 de noviembre de 2016, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 20160101783 en la CAJA DE RETIRO en la que solicitó: 1) la inclusión del 20% en las partidas computables de la asignación de retiro, de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000 por haber sido soldado voluntario; 2) el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. Posteriormente el 7 de noviembre de 2017 el actor solicitó bajo radicado 20170106521 ante la accionada, la inclusión de la prima de navidad como partida computable.

La entidad demandada resolvió desfavorablemente las anteriores peticiones del actor mediante los actos administrativos contenidos en los Oficios N° 2016-82304 de 14 de diciembre de 2016 y oficio no. 2017-73697 de fecha 20 de noviembre de 2017, *-actos acusados-* argumentando en el primero de los casos que no era

²⁴ Con los hechos narrados en el escrito de la demanda, las pruebas aportadas, la contestación efectuada por CREMIL y las pruebas aportadas con la mentada contestación.

²⁵ Ingresó como soldado regular desde el 2 de mayo de 1991 hasta el 7 de noviembre de 1992, pasó a soldado voluntario entre el 1° de junio de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1° de noviembre de 2003 al 30 de junio de 2012.

²⁶ Folio 12 expediente.

²⁷ Folios 13-14 del expediente

posible atender de manera favorable lo solicitado esto es, la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación establecida en el Decreto 1794 del 2000, ni el reajuste teniendo en cuenta el procedimiento contemplado en el Decreto 4433 de 2004 que establece el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, en razón a que la liquidación de la asignación de retiro se había efectuado conforme a los parámetros legales. En el segundo acto acusado expresó que la prima de navidad, era un emolumento contemplado únicamente para oficiales y suboficiales.

Posteriormente la entidad demandada, mediante Resolución No. 867 de fecha 18 de enero de 2018²⁸ ordenó el incremento de la partida del sueldo básico del demandante en un 20% dentro de su asignación de retiro, a partir del 4 de septiembre de 2014, conforme lo dispuso la sentencia de unificación del Consejo de Estado para aquellos soldados que desempeñaban como voluntarios y fueron incorporados como profesionales.

Ahora bien, según la certificación No. CREMIL 103377 expedido el 27 de diciembre de 2016 (Fol. 15), las partidas computables tenidas en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del señor Fidelino Prada Alape fueron las siguientes:

Sueldo	(SMLV +40%)	\$ 9.65.237
Porcentaje de liquidación		70.00%
SUBTOTAL		\$ 675.666
Prima de Antigüedad	(SB*70%*38.5%)	\$ 260.131
Total Asignación de retiro		\$ 935.797.00

En síntesis, sobre la pretensión dirigida a la liquidación de la asignación de retiro, tomando como base la liquidación de un salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000, atendiendo a los elementos probatorios arrimados a las diligencias, se acreditó que el demandante prestó sus servicios a las Fuerzas Militares, teniendo como última unidad el Batallón de Instrucción Entrenamiento No. 13 USME – Cundinamarca con los siguientes grados y tiempos:

DESCRIPCIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
Soldado Regular	2 de mayo de 1991	7 de noviembre de 1992
Soldado Voluntario	1° de junio de 1993	31 de octubre 2003
Soldado Profesional	1°de noviembre de 2003	30 de marzo de 2012

28 Acto administrativo allegado por la apoderada de CREMIL junto con la contestación de la demanda vista a folios 83 - 85 del expediente)

Asimismo con lo demostrado en el plenario, se evidencia por cálculo aritmético, que según la nómina de asignación de retiro, se verificó que el actor, en su partida computable como sueldo básico en su asignación de retiro, corresponde al salario mínimo de la época (2012= \$793.380), incrementado en porcentaje del 40%²⁹,

Tal circunstancia deja entrever la afectación en cuanto al desmejoramiento en el sueldo básico que venía siendo devengado por el actor, el que, conforme a la jurisprudencia citada, claramente contraviene la disposición normativa, en cuanto a la consideración “especial” de los *soldados voluntarios* que pasaron a incorporarse como *soldados profesionales* con el amparo previsto por el art. 1° del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular acota esta Judicatura, que con su incorporación a la fuerza en la condición de soldado profesional, para el demandante se dio paso al reconocimiento de un nuevo emolumento prestacional, pues ciertamente a partir de tal momento empezó a percibir prestaciones que cuando ostentaba la calidad de soldado voluntario no le venían siendo reconocidas; empero, si bien ello representó una mejoría para las condiciones laborales de este tipo de servidores, no corrió igual suerte el sueldo básico, que fue disminuido por una aplicación errónea de la norma, esto es, el art. 1° del Decreto 1794/00, que contemplaba claramente en su inciso 2° el reconocimiento de una condición más favorable o beneficiosa para aquellos miembros de la fuerza que vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 2000, percibían la remuneración equivalente al salario mínimo incrementado en un 60%.

4.5.- Del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto por el art. 16 del Decreto 4433 de 2004

Teniendo en cuenta los hitos probatorios recaudados y que se destacan como importantes frente a este punto; aparece probado conforme la resolución por la que se efectúa el reconocimiento y ordena el pago de asignación de retiro, que la misma fue liquidada por la entidad demandada con fundamento en los parámetros normativos del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, según se indica en el mentado acto:

²⁹ Ver folio 12

- “- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2552 de 2015) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad (...) y el 30% del subsidio familiar (...)”

En consecuencia, considera el Despacho que le asiste razón al demandante toda vez que la fórmula que realizó la entidad para liquidarle su asignación de retiro, no se ajusta a la legalidad, como lo señaló el Consejo de Estado, debido a que le está aplicando una doble afectación a la prima de antigüedad, lo cual escapa del tenor literal de la norma transcrita anteriormente, artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Por lo anterior considera el Despacho que la fórmula que se ajusta a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es: asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)]+38.5% (prima de antigüedad) = asignación de retiro; y no como erradamente lo hace la entidad demandada CREMIL, conforme se narró líneas atrás, dado que la tasa de reemplazo del 70% se debía aplicar únicamente sobre el salario mensual, y no, como lo efectuó la entidad, que aplicó a tal porcentaje el 38.5% de la prima de antigüedad.

Es por ello que no le asiste razón a la entidad accionada – CREMIL- al afirmar que el monto de la asignación debe ser la sumatoria de los factores salariales, es decir, el salario y la prima de antigüedad para así aplicar al final el 70%, pues la manera correcta es a partir del 70% del salario mensual debidamente incrementado, adicionarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, pues sobre este último concepto la ley no previó que se aplicara además un 70%, tal y como lo ha concluido nuestro órgano de cierre en la sentencia de unificación referenciada con anterioridad.

En este orden de ideas y comoquiera que en este proceso se está demandando el acto administrativo contenido en el Oficio N° 2016-82304 del 14 de diciembre de 2016, mediante el cual la caja negó el incremento de la asignación de retiro con el 60%, e igualmente se pronunció sobre la prima de antigüedad, en los términos solicitados por el actor, el Despacho arriba a la conclusión que se debe declarar la nulidad del acto administrativo demandado de manera que dispondrá el reconocimiento del incremento del 60% en los términos expuestos por la última sentencia de Unificación, por lo que el restablecimiento se hará bajo esas precisas

condiciones y no como lo ordenó la entidad accionada en la resolución de incremento visible a folios 83 - 85, debiendo entonces tenerse el incremento del 20% como un pago parcial, primero por cuanto no se ha ordenado la indexación, segundo porque la entidad erróneamente ordenó la reliquidación efectiva a partir del 4 de septiembre de 2014³⁰, cuando lo debió hacer a partir del 28 de noviembre del 2013, toda vez que esta última fecha, corresponde a los 3 años de prescripción, anteriores a la petición elevada por el demandante ante la entidad demandada de manera que, si la accionada ya dio cumplimiento a la Resolución No. 867 de 18 de enero de 2018, podrá descontar dicho valor del pago que finalmente deba hacer indexadamente en favor del actor, conforme a la fórmula que más adelante se detallará.

En los mismos términos se dispondrá el incremento de la prima de antigüedad a partir del 70% del salario mensual debidamente incrementado, adicionado en un 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, efectivo a partir del 28 de noviembre de 2013 por la prescripción que ha sido declarada, de manera indexada en favor del actor, conforme a la fórmula que más adelante se detallará.

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 a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

Bajo el contexto descrito, se declarará la nulidad del acto administrativo que ha sido demandado y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará reliquidar la asignación mensual de retiro conforme a los lineamientos ilustrativos contemplados en precedencia, con la prescripción que ha sido indicada según lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, se negará la pretensión relacionada con la inclusión de la prima de navidad como partida computable, toda vez que tal y como quedó demostrado dicho emolumento solo está contemplado para los oficiales y suboficiales. Por consiguiente se mantendrá incólume el acto administrativo contenido en el oficio no. 2017-73697 de 20 de noviembre de 2017, que negó la inclusión de la prima de

³⁰ Aduciendo que en razón a que con fecha 4 de septiembre de 2017 la Dirección de Prestaciones del Ejército allegó a esa entidad el complemento de la hoja de servicios, con la que se pretende dar cumplimiento efectivo a la sentencia de unificación, pasando por alto que el demandante solicitó a la caja la reliquidación el 28 de noviembre de 2016.

navidad como partida computable, en razón a que como quedó expuesto dicho emolumento fue un emolumento consagrado únicamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

5.- INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS

Ante la prosperidad de las pretensiones invocadas, es necesario tener en cuenta que las sumas de dinero adeudadas han sufrido el efecto propio de la devaluación o pérdida del valor adquisitivo, tornándose necesario determinar por razones de equidad su actualización, por lo que deberán indexarse teniendo en cuenta la formula decantada por el Consejo de Estado:

$$\frac{\text{Capital} \times \text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

La indexación se reconocerá desde el momento de la exigibilidad de cada diferencia y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia. No obstante, en lo que se refiere al incremento del 20%, se hará hasta la fecha del pago ordenado en la Resolución N° 867 de 28 de mayo de 2018 y a partir de la ejecutoria de la presente providencia, las sumas de dinero reconocidas devengarán intereses moratorios, en los términos previstos en el inciso 3° del art. 192 del CPACA.

6.- CONDENA EN COSTAS

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³¹, tenemos que:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

³¹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, nos encontramos frente al escenario de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas que regulan las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que fue proferida el 25 de mayo de 2019, es decir con posterioridad a la presentación de esta demanda. Por ello, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

Conclusión: Encuentra el despacho que se debe declarar la nulidad del acto acusado contenido en el acto administrativo no. 2016-82304 de fecha 14 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda buscan la nulidad de un acto administrativo que negó la inclusión en la asignación de retiro del actor en un 20% adicional al 40% que recibe, de tal forma que le permita percibir un aumento del 60% de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 y que se tome en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, siguiendo las pautas establecidas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de mayo de 2019, esta agencia judicial acoge íntegramente la postura esbozada por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción invocada por la entidad demandada, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio no. 2016-82304 de fecha 14 de diciembre de 2016, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las razones que han sido expuestas.

TERCERO: A título de Restablecimiento del Derecho se **CONDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, a reajustar la asignación de retiro del actor con prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre del 2013, conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado³² así:

- i) Con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el 28 de noviembre del 2013, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.
- ii) Se dispone que el incremento de la prima de antigüedad se efectúe a partir del 70% del salario mensual debidamente incrementado, adicionado en un 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, efectivo a partir del 28 de noviembre de 2013 por la prescripción que ha sido declarada, de manera indexada en favor del actor, conforme a la fórmula que más adelante se detallará.

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 a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

- ii) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, deberá tener especial cuidado al momento de liquidar dicho factor, considerando que el incremento efectuado por la entidad mediante Resolución No. 867 de 18 de enero de 2018 según se advierte a folios 83 a 85, por medio de la cual ordenó el aumento de la partida del sueldo básico del demandante en un 20% dentro de su asignación de retiro, a partir del 4 de

32 Sección Segunda, C. P. William Hernández Gómez, 25 de abril del 2019, Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01

septiembre de 2014, primero porque dicha reliquidación debe ser efectiva a partir del 28 de noviembre del 2013 y no como lo indica la Caja en el mentado acto administrativo, toda vez que esta última fecha, corresponde a los 3 años de prescripción, anteriores a la petición elevada por el demandante ante la entidad demandada y en segundo lugar, el pago reconocido se debe tener en cuenta como - un pago parcial –esto si la entidad ya hubiere dado cumplimiento al mentado acto administrativo - , por lo que se ha de descontar del valor de la liquidación, la cuantía que hubiere pagado la entidad demandada al respecto.

iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará exclusivamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.

iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

[Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)]+38.5% (prima de antigüedad) = asignación de retiro

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho se **CONDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, a reconocer y pagar al demandante las diferencias existentes entre lo pagado y lo que debió pagar de acuerdo a lo regulado en el ordinal anterior de esta providencia, desde el 28 de noviembre de 2013.

QUINTO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar las sumas adeudadas al demandante, debidamente indexadas en los términos y conforme a la fórmula citada en la parte considerativa.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda-

SÉPTIMO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos dispuestos en el art. 192 del CPACA.

OCTAVO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, **COMUNÍQUESE** a la demandada en los términos del art. 192 del CPACA.

DÉCIMO: Se requiere a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia, al momento de cumplir la sentencia y efectuar el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta del demandante y no se realice dicho pago a través de deposito judicial en la cuenta del juzgado.

UNDÉCIMO De no ser apelada esta providencia, se ordena el **ARCHIVO** definitivo del expediente, previo las anotaciones por secretaria. En firme esta providencia y en caso de existir remanentes de los dineros que por concepto de gastos procesales fueron consignados por la parte demandante, se ordena que por secretaría se adelante la devolución de aquellos a la mencionada parte.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZA

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 5 de agosto de 2020 a las 8:00 a.m. _____ Secretaria Hoy 5 de agosto de 2020 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011. _____ Secretaria
