



**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 4°

– Sede de los despachos judiciales,

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-00313-00
Demandante:	LEONARDO LEYVA MURILLO
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL. <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. Pretensiones²: El señor **LEONARDO LEYVA MURILLO** presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil, solicitando la nulidad del acto administrativo contenido en los oficios no. N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016 y N° 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, por medio de los cuales la entidad demanda le negó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo el 70% de la asignación básica, adicionándole el 38, 5% de la

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.

² Fls. 14-15

prima de antigüedad, y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la entidad aquí accionada a reliquidar a asignación básica incluyendo: i) 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 (ii) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Por último solicitó condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar la indexación sobre las 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 y que se condene en costas a la demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Hechos:

2.2.1 Señaló la parte actora que el señor LEONARDO LEYVA MURILLO 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, CREMIL mediante Resolución N° 3404 de fecha 31 de mayo de 2016 le reconoció al actor asignación de retiro.

2.2.3. Indicó que el 10 de agosto de 2016, radico petición ante CREMIL, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se incluya la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. La entidad el 23 de agosto de 2016 mediante acto administrativo No. 2016-56604 dio respuesta al pedimento incoado, negando lo solicitado.

2.2.4. Posteriormente el 28 de febrero de 2018, presentó petición ante CREMIL, a asignándole el radicado No. 20180023984, en la que solicitó que en la liquidación de su asignación de retiro se incluya como partida computable la prima de navidad. A tal petición el 8 de marzo de 2018 CREMIL respondió mediante oficio No. 2018-25405, negando la petición solicitada, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

2.2.5. 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.

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

2.3. Normas violadas: La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos: 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, y de orden legal la Ley 131 de 1958, Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 del 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En su **concepto de violación** 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 acusado³.

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.

Indicó que sin justificación alguna el Gobierno Nacional estableció un trato discriminatorio entre el personal de oficiales y suboficiales de las de las Fuerzas Militares, y los soldados profesionales, pues a los primeros se les tuvo en cuenta la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable, entretanto a los segundos no, aun cuando son aquellos los que menos devengan dentro de la escala salarial de las Fuerzas Militares", es marcada la vulneración que tiene el soldado profesional al no incluirse la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, toda vez en las prestaciones regladas en el Decreto 1794 de 2000, no contempla mencionada prestación en su favor, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, respecto de los demás miembros de las Fuerzas Militares.

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

3 Fl. 18 - 31.

2.4. Actuación procesal: La demanda (i) fue presentada en la oficina de apoyo de los juzgados administrativos de Bogotá con fecha 8 de agosto de 2018⁴, (ii) El 16 de agosto de 2018 la demanda fue admitida⁵ (iii) el 4 de diciembre 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 demanda⁶ (iv) Con providencia de fecha 18 de octubre se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial el día 21 de noviembre de 2019⁷, la cual no se pudo celebrar en razón a que en esa fecha no corrieron términos judiciales y (v) finalmente a través de auto de fecha 3 de julio de 2020⁸, 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 2009, 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 - CREMIL¹⁰

La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda aceptando todos los hechos expuestos por la parte demandante en la demanda.

Citó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sostuvo que la forma de liquidación de la asignación de retiro es de la siguiente forma:

“Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%

Prima de Antigüedad = 38.5%

Asignación de retiro: 70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad Fl. 48

Por consiguiente, consideró que 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 estrictamente a las partidas computables, 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.

Respecto de la pretensión relacionada con la inclusión de la prima de navidad, dijo que dicha partida se estipuló para los oficiales y suboficiales, razón por la que la Caja,

4 Según consta en el folio 35 del expediente

5 Fl. 37

6 Fl. 41 – 46

7 Fl. 95

8 Fl. 50

9 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.

10 Fl. 47 - 55

no liquidó tal partida en la asignación de retiro del demandante, obrando de esta manera con el mandato legal.

En último orden solicita denegar 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 la asignación básica 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.

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 2° y 156 numeral 2° 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: En primer lugar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios no. 2016-56604 de 23 de agosto de 2016 y no. 2018-25405 de 8 de marzo de 2018, por medio de los cuales la entidad demanda le negó la reliquidación de la asignación de retiro.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si el señor LEONARDO LEYVA MURILLO, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro incluyendo el 70% de la asignación básica, adicionándole el 38, 5% de la prima de antigüedad dispuesta en el artículo 16° del

Decreto 4433 del 2004 con la inclusión de la duodécima parte de la partida computable prima de navidad.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** régimen salarial de los miembros del ejército nacional – soldados voluntarios y soldados profesionales, **(ii)** régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales, **(iii)** Del reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

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 11., 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

11 “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).

términos de la Ley 131 de 1985, y pasaran a ser soldados profesionales, continuarían devengando la suma equivalente un salario mínimo legal mensual vigente adicionada en un 60%; así lo expresó en su tenor literal el artículo 1° del mentado Decreto¹².

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

La Ley 923 de 2004 – *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.*- 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 retiro¹³.

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

13 “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”.

Luego, mediante el Decreto 4433 de 2004, artículo 16¹⁴, que en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional determinó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

De lo anterior, se tiene que los Soldados Profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplen 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 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 13¹⁵, 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, empero solo a lo establecido en su primer inciso, que indica 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 su turno, 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).

14 “ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, **equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayado del Despacho)

15 “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 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 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 servicios¹⁶.

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

16 “(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)”.

De otro lado, el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13¹⁷ 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 2019¹⁸, 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, 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.

17 “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)

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

Ante esta situación, y precaviéndose la disparidad de criterios al respecto, el Consejo de Estado, sentencia de unificación antes señalada¹⁹, 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:

...

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.

(...)

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

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, solicita la parte actora que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios no. N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016 y N° 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, por medio de los cuales la entidad demanda, respectivamente, negó al demandante en calidad de soldado profesional la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo el 70% de la asignación básica, adicionándole el 38, 5% de la prima de antigüedad como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene el reconocimiento y pago del incremento de la asignación de retiro con el 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 proceso²⁰ que el señor Leonardo Leyva Murillo²¹, prestó su servicio militar obligatorio, como soldado regular desde el 5 de julio de 1995 hasta el 29 de diciembre de 1996, pasó a soldado voluntario entre el 20 de septiembre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a soldado profesional el 1° de noviembre de 2003 al 25 de abril de 2016.

Por último, se le reconocieron los tres meses de alta desde el 25 de abril de 2016 hasta el 25 de julio de 2016 para un tiempo total de servicios de **20 años, 3 meses y 9 días**, tal como se evidencia en la hoja de servicios N° 3-93132203 expedida el 2 de mayo de 2016 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, (fotocopia a folio 11 expediente).

Con la citada hoja de servicios, se acredita que el demandante en la nómina del mes de abril de 2016 devengó: sueldo básico, subsidio familiar y la prima de antigüedad soldado profesional en un 58,50%, seguro de vida subsidiado.

²⁰ 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.

²¹ Ingresó como soldado regular desde el 5 de julio de 1995 hasta el 29 de diciembre de 1996, pasó a soldado voluntario entre el 20 de septiembre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a soldado profesional el 1° de noviembre de 2003 al 25 de abril de 2016.

Mediante Resolución N° 3804 del 31 de mayo de 2016 la Caja de Retiro - CREMIL reconoció asignación de retiro a partir del 25 julio de 2016 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 familiar²².

El demandante formuló peticiones ante la entidad demandada en las que solicitó la inclusión del 70% de la asignación básica, más el 38, 5% de la prima de antigüedad, y la inserción de la duodécima parte de la prima de navidad respectivamente. La CAJA DE RETIRO mediante oficios no. N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016 y N° 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, negó las peticiones elevadas por el demandante, que son los *-actos acusados-* argumentando que no era posible atender de manera favorable lo solicitado en cuento 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, se había efectuado conforme a los parámetros legales. Respecto de la prima de navidad señaló que, era un emolumento contemplado únicamente para oficiales y suboficiales.

Ahora bien, según la certificación No. CREMIL 70460 expedida el 22 de agosto de 2016²³, las partidas computables tenidas en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del señor Leonardo Leyva Murillo fueron las siguientes:

Sueldo	(SMLV +40%)	\$ 965.237
Porcentaje de liquidación		70.00%
SUBTOTAL		\$ 675.666
Prima de Antigüedad	(SB*70%*38.5%)	\$ 260.131
Subsidio familia		\$ 180.982
Total, Asignación de retiro		\$ 1.116.779

4.6. 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:

“- 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 1° del Decreto 1794 de 2000).

²² Folios 12 y 13
²³ (Fol. 14),

- Adicionado con un treinta y ocho puntos 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, por cuanto tal como lo señaló el Consejo de Estado, 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 erradamente se hizo, aplicando dicho porcentaje además al 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, adicionarlo en un 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 síntesis sobre la inclusión del 70% del salario mensual indicado en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 adicionado con la inclusión de un 38.5% de la prima de antigüedad y la inclusión de la prima de navidad como partida computable, se logró establecer por medio del acto administrativo contenido en el N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016, La Caja negó el incremento de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de antigüedad y con oficio no. 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, negó la prima de navidad en los términos solicitados por el actor.

Como consecuencia de lo anterior, el Despacho accederá a declarar la nulidad del acto administrativo demandado contenido en el oficio no. N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016, de manera que 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 25 de julio de 2016, sin prescripción, 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 N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016 y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará reliquidar la asignación mensual de retiro conforme a los lineamientos ilustrativos contemplados en precedencia.

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 sólo está contemplado para los oficiales y suboficiales, motivo por el que el acto administrativo contenido en el oficio N° 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, que negó la inclusión de la prima de navidad como partida computable, se mantendrá incólume.

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 fórmula 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, 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 2018²⁴, tenemos que:

²⁴ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia 18/07/2018 C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

“ **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.

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, encuentra este Despacho que 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: En este orden de ideas, 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 teniendo en cuenta el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y siguiendo las pautas establecidas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de mayo de 2019, este Despacho acoge íntegramente la postura esbozada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y en virtud de ello encuentra que se debe declarar la nulidad parcial del acto acusado contenido en el acto administrativo no. 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016.

Por otra parte, se mantendrá indemne el acto administrativo N° 2018-25405 de fecha 8 de marzo de 2018, en cuanto negó la inclusión de la prima de navidad como partida computable, en razón a que como quedó expuesto dicho emolumento fue consagrado únicamente para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

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 la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 2016-56604 de fecha 23 de agosto de 2016, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las razones que han sido expuestas.

SEGUNDO: 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 la inclusión de la prima de antigüedad, en los precisos términos citados en esta providencia, sin que para el presente caso haya operado el fenómeno de la prescripción a partir del 25 de julio del 2016, conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁵ así:

- i) 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.

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

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

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.

TERCERO: 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 ordenado en el ordinal anterior de esta providencia, desde el 25 de julio de 2016.

CUARTO: 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.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda-

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

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

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

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el **ARCHIVO** definitivo del expediente, previo las anotaciones por secretaria.

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 depósito 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 secretaria se adelante la devolución de aquellos a la mencionada parte.

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