



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, Dieciséis (16) de octubre dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0528-00
Demandante:	ISMAEL COLMENARES CRISTANCHO
Demandado:	CREMIL

Tema: - *Reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de antigüedad y duodécima parte de la prima de navidad*

1. ASUNTO POR 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

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.

2.1. Pretensiones: El señor **ISAMEL COLMENARES CRISTANCHO** a través de apoderado judicial impetró demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del cual solicita la nulidad del acto administrativo No. 2018-70043 de 19 de julio de 2018, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión de la prima de antigüedad en un 38.5% y la inclusión como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a liquidar la asignación de retiro del actor de conformidad a lo establecido en el artículo 16º del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad; incluyendo además como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha del retiro, establecida en el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

Asimismo, que se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores; ordenar el pago efectivo indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajuste solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de su reconocimiento hasta la fecha del reconocimiento del derecho precitado y finalmente el pago de intereses moratorios.

2.2. Hechos:

2.2.1 El actor prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional; una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario; a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue Promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta el retiro de la Fuerza.

2.2.2 Por medio de la Resolución No. 14706 de 12 de junio de 2018, se le reconoció al actor su asignación de retiro por cumplir los requisitos de ley.

2.2.3 Mediante acto administrativo Radicado No. 2018-70043 Cremil le negó las peticiones solicitadas al actor, con lo cual se entiende agotada la vía administrativa.

3.0- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN 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 2000 y Decreto 4433 de 2004.

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.

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.

Señala que de la lectura del artículo 16 del Decreto 4433 se puede observar que, para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se parte del 70% de la asignación básica a la cual se le debe adicionar el 38.5% como prima de antigüedad, sin que exista justificación alguna para que Cremil le aplique el 70% a la prima de antigüedad, afectando negativamente el valor de la mesada a reconocer al actor.

Sostuvo que la prima de navidad es una prestación salarial que se le reconoce y paga en el mes de diciembre a todos los miembros de la fuerza pública en servicio activo, a oficiales, suboficiales, agentes de la Policía, cuerpo del nivel ejecutivo y civiles al servicio del Ministerio de la Defensa se les reconoce por esta prestación la totalidad de los haberes percibidos en el mes de noviembre del respectivo año, de conformidad a lo establecido en los Decretos 1211, 1212, 12,13 y 1214 de 1990.

Además concluye que de conformidad con la jurisprudencia emanada de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, los factores salariales que el trabajador devengue regularmente se deben tener en cuenta en el momento de la liquidación de la pensión como partidas computables, como es el caso de la prima de navidad que

el actor devengo durante 20 años que prestó el servicio profesional de la Fuerza Pública.

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

4. SINOPSIS DE LA CONTESTACIÓN

4.1 La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 43-56 del expediente. Para el caso concreto se opuso a todas y cada una de las pretensiones de 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:

$$\frac{\text{“Salario Básico = SMLMV (100\%) + (Incremento en un 40\%) = 140\%”}}{\text{Prima de Antigüedad = 38.5\%}}$$

Asignación de retiro:

$$\underline{70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.5\% \text{ de Prima de Antigüedad})}$$

Por consiguiente consideró que la prima de antigüedad se encuentra bien liquidada por lo que solicita denegar las pretensiones de la demanda.

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, dijo además 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, dijo 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, debido a que no está contemplada para los soldados profesionales.

5.- ACTUACIÓN PROCESAL. Tal como se expresó en la demanda se presentó el 12 de diciembre de 2018², y a través de providencia de 8 de febrero de 2019³ se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 19 de septiembre de 2019⁴ fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada contestó la demanda de la referencia a través de memorial de fecha 21 de octubre de 2019⁵, en su escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda ejerciendo su derecho de defensa.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 18 de septiembre de 2020, 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 2020⁶, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 La parte demandante. Dentro de sus alegatos de conclusión solicitó del despacho se accedieran a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de la liquidación está aplicando un 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad de que trata el citado artículo y de esta manera está realizando una doble afectación a la prestación transgrediendo la norma, en consideración a que jamás se ha dispuesto que al 38,5% de la prima de antigüedad se le aplicara el 70%.

Por lo tanto, manifestó que es una operación aritmética que al ser aplicada en forma errónea arroja una asignación de retiro inferior a la que legalmente le corresponde al actor, tal como se encuentra documentado en la demanda.

2 Ver folio 32

3 Ver folio 34

4 Ver folio 37

5 Ver folio 43-56

6 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.

Añadió que el actor devengaba la partida de prima de antigüedad en un porcentaje del 58,5% hasta el momento de su retiro y que al liquidarle su asignación de retiro esta fue reducida a un 38,5%, y si se le aplica el 70% a la mencionada partida, tal como lo viene haciendo la Caja de Retiro esta prestación quedaría reducida a un 26% de la asignación básica generándose con ello una doble afectación.

Finalmente solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la liquidación de la asignación de retiro del actor 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.

6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos por escrito oponiéndose a las prosperidad de las pretensiones de la demanda e indicó que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.

Añade que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento y que la normatividad establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad.

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

7. 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.

7.1 Problema Jurídico.

Se debe establecer si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo **No. 2018-70043 de 19 de julio de 2018**, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión de la prima de antigüedad en un 38.5% y la inclusión como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a liquidar la asignación de retiro del actor de conformidad a lo establecido en el artículo 16º del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad; incluyendo además como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha del retiro, establecida en el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

Asimismo, que se ordene el reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores; ordenar el pago efectivo indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajuste solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de su reconocimiento hasta la fecha del reconocimiento del derecho precitado y finalmente el pago de intereses moratorios.

Los problemas jurídicos serán resueltos mediante las consideraciones pertinentes, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera: **a)** del régimen salarial de los miembros del Ejército Nacional – Soldados Voluntarios vs. Soldados profesionales, **b)** del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales; **c)** De la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado concerniente al caso concreto **d)** Del Caso Concreto.

8.- NORMAS APLICABLES Y UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

8.1 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 de lo cual se destaca:

Que con la expedición de la Ley 131 de 1985 – Artículo 2^o7, 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 vigente adicionada en un 60%; así lo expresó en su tenor literal el artículo 1^o del mentado Decreto⁸.

7 “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).

8 “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%).”

8.2. 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 retiro⁹.

Posteriormente, mediante el Decreto 4433 de 2004, artículo 16¹⁰, 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.

⁹ “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”.

10 “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**

En consonancia con 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 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 13¹¹, señala que las partidas computables de los soldados profesionales, corresponde al salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º 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 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).

(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)

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

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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 servicios¹².

Ha de precisarse que el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 preceptuó 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.

8.3. 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

¹² “(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)”.

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 13¹³ 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 2019¹⁴, 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, como se pasará a explicar más adelante.

8.4. Caso Concreto. Se encuentra acreditado en el proceso¹⁵ que el señor **COLMENARES CRISTANCHO ISMAEL**¹⁶, **prestó su servicio militar obligatorio**, como soldado regular desde el 05 de septiembre de 1996 hasta el 27

13 “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)

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

15 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.

de junio de 1998, pasó a soldado voluntario entre el 20 de septiembre de 1999 hasta el 06 de noviembre de 2001; posteriormente paso a alumno Infante Marina Profesional el 7 de noviembre de 2001 al 07 de marzo de 2002, luego a Infante Marina Profesional desde el 08 de marzo de 2002 al 16 de enero de 2018; Por último se le reconocieron los tres meses de alta desde el 16 de enero de 2018 hasta el 16 de abril de 2018 para un tiempo total de servicios de **20 años, 4 meses y 16 días**, tal como se evidencia en la hoja de servicios N° 4-79900975 expedida el 07 de mayo de 2018 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, (fotocopia a folio 29 expediente).

Con la citada hoja de servicios en la parte inferior izquierda¹⁷, se acredita que el demandante en la nómina del mes de diciembre de 2017 devengó: **sueldo básico, seguro de vida subsidiado, subsidio familiar y la prima de antigüedad soldado profesional en un 58,50%**.

Mediante Resolución N° 14706 de 12 de junio de 2018 la Caja de Retiro CREMIL reconoció asignación de retiro a partir del 16 abril de 2018 en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2269 del 30 de diciembre de 2017), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 25% del subsidio familiar, (fotocopia a folios 30-31 del expediente).

El 4 de julio de 2018¹⁸, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo No. 20180071398 en la CAJA DE RETIRO DE LAS FF.MM en la que solicitó: **1)** el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 adicionado con la inclusión de un 38.5% de la prima de antigüedad y **2)** la inclusión de la duodécima parte 1/12 de prima de navidad como partida computable.

El Responsable del Área de Atención al Usuario de CREMIL resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante el acto administrativo contenido en el oficio no. 0070043 de 18 de julio de 2018¹⁹, *-acto acusado-* 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

17 Ver folio 29

18 ver folio 25-26

19 ver folio 27

dijo que, era un emolumento que no está contemplado para los soldados profesionales.

No obstante, dentro del proceso de la referencia no obra certificación de las partidas computables tenidas en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del señor Darío de Jesús Quiñones Osorio, razón por la cual no se puede determinar con exactitud cuales le fueron tenidas en cuenta para la liquidación de su reconocimiento pensional. Por lo tanto, el Despacho considera que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda- prima de antigüedad-, ya que el citado certificado era indispensable para tomar una decisión de fondo, en razón, a que servirían de base para determinar que partidas se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, empero esta prueba no reposa dentro del expediente.

En este sentido, el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en estas contiendas por virtud de la remisión que consagra el artículo 267 de la ley 1437 de 2011, señala como manifestación del principio dispositivo de la carga de la prueba lo siguiente:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Al respecto el Consejo de Estado, frente al principio de la carga de la prueba ha señalado lo siguiente²⁰:

“El principio de la carga de la prueba impone a los demandantes el deber de acreditar los hechos que sirven de soporte a las pretensiones de la demanda; para cumplir con ese cometido, se faculta a los accionantes para que puedan, en su oportunidad, allegar al plenario todas las pruebas a su disposición y también todas las demás que puedan obtener en ejercicio del derecho de petición.”

En el presente caso, al evidenciarse que no se probó la ocupación y, por ende tampoco el daño antijurídico y el nexo de causalidad, razón por la cual no puede ser declarada administrativamente responsable a las entidades demandadas.

²⁰ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A - Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez - Bogotá D.C., Siete (7) De Marzo De Dos Mil Doce (2012). - Radicación Número: 11001-03-26-000-2001-00073-01(22057

La juez como controladora del proceso debe evaluar, si las cargas procesales asignadas a las partes litis son razonables y proporcionadas; en efecto, el proceso como mecanismo a través del cual se materializan los derechos de acceso a la administración de justicia, igualdad, celeridad y eficacia, inexorablemente conlleva a la existencia de obligaciones tanto procesales como sustanciales, que la ley puede distribuir equitativamente entre las partes litis, juez o terceros, dentro de las actuaciones procesales, con miras a la efectividad del órgano judicial y a la adecuada impartición de justicia.

Cabe destacar que la Corte Constitucional²¹, en reiteradas jurisprudencias, ha señalado la diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales, en los siguientes términos:

“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”. (Subrayas del despacho).

Corolario a lo señalado en precedencia, se puede establecer que las cargas procesales están reconocidas como un deber de colaboración con la administración de justicia, en tanto, que con ellas se logra esclarecer dudas dentro de los procesos judiciales que conlleve a la adecuada consecución de los conflictos, razón por la cual esta

²¹ Corte Constitucional, Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras

pretensión, prima de antigüedad, no tiene vocación de prosperidad, toda vez, que le correspondía a la parte demandante aportar dicha certificación y no lo realizó.

Así mismo, se negará también 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, situación que no ostenta el actor, tal como se desprende de la hoja de servicios que obra dentro del expediente²².

En consideración a que de conformidad con los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, la duodécima parte de la prima de navidad no se tiene como factor para determinar la asignación de retiro en caso de soldados profesionales, en contraposición con lo que si ocurre con los oficiales y suboficiales.

Acota esta Judicatura que esta norma no vulnera el derecho a la igualdad, en tanto los soldados profesionales, oficiales y suboficiales tienen responsabilidades distintas por el cargo que ostentan; por lo tanto la norma bajo examen, está acorde con el principio de igualdad material, que comporta un trato diferenciado para aquellas personas que no se encuentran en el mismo supuesto factico, como el caso que nos ocupa donde al actor le es aplicable la normatividad que regula lo atinente a los soldados profesionales y no a los oficiales y suboficiales.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

CONDENA EN COSTAS. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018²³, 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-

²² Ver folio 29

²³ 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)

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.

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: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

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

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÌA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

MAM

JUZGADO DIECISÈIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) notificó a las partes la providencia anterior, hoy 21 de octubre de 2020 las 8:00 a.m. y se envió mensaje de texto de la notificación de providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**099d45e2ec2e85806dede4ff6317a6759951b3613eebfc1ad3f64a9cefe77c
cd**

Documento generado en 15/10/2020 09:32:10 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>