

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 145

Santiago de Cali, veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019)

PROCESO : 76001-33 33-001-2018-00102-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : ANYELO ALEXANDER MARTÍNEZ LUNA
DEMANDADO : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

1. ANTECEDENTES

El señor **ANYELO ALEXANDER MARTÍNEZ LUNA**, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**, para que se hagan las siguientes declaraciones:

1.- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016, por medio del cual la entidad accionada, negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta la correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que prevé que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2017-85449 del 27 de diciembre de 2017, por medio del cual la entidad accionada, negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, con la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

3.- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta para ello, la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, se proceda a la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, en atención a lo previsto en el artículo 13.1.8 ibídem.

4.- Que se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – a reajustar la asignación de retiro del demandante, año por año, a partir del reconocimiento hasta la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas.

5.- Que se ordene a la entidad accionada efectuar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de

reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.

6.- Que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el CGP (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

7.- Que se ordene a la entidad accionada el pago de los gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

2. HECHOS:

1.- Que el señor Anyelo Alexander Martínez Luna, prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad con lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario y, a partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

2.- Que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 4326 del 17 de junio de 2016, reconoció asignación de retiro a favor del demandante.

3.- Que el día 25 de agosto de 2016, radicado N°20160074019, el actor radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando que se liquidara la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 de decreto 4433 de 2004, petición que fue resuelta en forma desfavorable a través del Oficio No. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

4.- Que el día 19 de diciembre de 2017, radicado N°20170126315, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se incluyera como partida computable la prima de navidad, lo cual fue resuelto en forma desfavorable mediante el Oficio No. 2017-85449 del 27 de diciembre de 2017.

5.- Que el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un 38,5% de la prima de antigüedad y al momento del reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la entidad accionada, la liquidación se efectuó tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad y al valor resultante se le aplicó el 70%, determinando de esta forma la mesada a cancelar.

6.- Que al demandante mientras estuvo en actividad, le fue reconocida y pagada la prima de navidad, cada año en el mes de diciembre, por lo en los términos del artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, tiene derecho a que la prima de navidad sea tenida en cuenta como partida computable en la liquidación de su asignación de retiro, sin que exista fundamento jurídico o táctico para su exclusión.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Ley 131 de 1985
- Ley 4ª de 1992
- Ley 923 de 2004, artículo 2.
- Decreto 1794 de 2000, artículos 1 y 5.
- Decreto 4433 de 2004, artículos 13.1.8 y 16.

Expone que a través de la Ley 923 de 2004 el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a favor de los soldados profesionales que presten veinte años (20) de servicio. En el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamentó su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de prima de antigüedad.

Desde que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro, esta le viene siendo liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, sobre la sumatoria de la asignación básica y el treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de prima de antigüedad, y al monto resultante se le viene aplicando el 70%. Esta errónea aplicación del artículo 16, lleva a que se presente una doble afectación la partida prima de antigüedad.

Al momento del retiro tenía reconocido como prima de antigüedad un porcentaje del 58.5% de la asignación básica. De conformidad con los artículos 13° y 16° del Decreto 4433 de 2004, esta prestación debe de ser tenida en cuenta para establecer la asignación de retiro de los soldados profesionales, reduciéndose su porcentaje a un 38.5%. Cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación la afecta aplicándole el 70%, a la prima de antigüedad esta se reduce una vez más, quedando solamente en un 26%.

De la lectura del artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, 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 la Caja de Retiro le aplique el 70% a la prima de antigüedad, afectando negativamente el valor de la mesada a reconocer a mi poderdante.

En este sentido, argumenta que al disminuirse, en un 20% la asignación básica a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, y al afectarse doblemente la partida prima de antigüedad, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios ya no tanto de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra carta de derechos.

De otro lado, en lo que corresponde a la prima de navidad, refirió que es una prestación salarial que se reconoce y se paga en el mes de diciembre a todos los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, a Oficiales, Suboficiales, Agentes de Policía, Cuerpo del Nivel Ejecutivo y Civiles al servicio del Ministerio de

Defensa, respecto de la totalidad de los haberes percibidos en el mes de noviembre del respectivo año, de conformidad a lo establecido en los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990.

Que la prima de navidad para los soldados profesionales fue creada por el legislador en el artículo 5° del Decreto 1794 de 2000, por lo que la misma le fue cancelada al demandante en los meses de diciembre, mientras estuvo en servicio activo y hasta su retiro de la Institución; sin embargo la misma no le fue reconocida, pese a que el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, dispone que debe ser tenida en cuenta como partida computable en el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro.

Por tanto, afirma que no existe una razón justificada para que la prima de navidad no se reconozca como partida computable en la liquidación de retiro de los soldados profesionales, quienes la venían percibiendo en servicio activo, configurándose así una vulneración al derecho constitucional a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Aduce que cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales no tiene en cuenta como partida computable la prima de navidad y si lo hace para las asignaciones de oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil al servicio del Ministerio de la Defensa, está violando el derecho fundamental a la igualdad.

De este modo, argumentó que la entidad accionada en la motivación de los actos administrativos que se demandan, incurrió en la causal de *falsa motivación* al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar las peticiones solicitadas por el actor, lo que es motivo de nulidad (Art. 137 CPACA.), además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Finalmente, indicó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares incurrió en falsa motivación por haberse presentado una aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa y por la falta de conexidad entre los argumentos esbozados en los actos administrativos y las solicitudes presentadas ante la administración; amén de que se transgredieron los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que se debe incrementar la asignación de retiro del demandante,

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda en forma oportuna a través de apoderada judicial mediante memorial visto a folios 41 a 48 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en la hoja de servicios del demandante y en atención a lo previsto en los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

En este sentido, en cuanto a la liquidación de la asignación de retiro expuso que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementando en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo está aplicando la entidad.

Sobre la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de un soldado profesional, expresó que el Decreto 4433 de 2004, estableció para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, sin contemplar la posibilidad de factores adicionales. Afirma que existe una prohibición expresa para CREMIL, de incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la ley.

Concluye además que en el caso bajo estudio, la entidad ha actuado con apego a la ley y que los actos administrativos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

Propuso como excepciones las que denominó: *“En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad), inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, en la asignación de retiro, no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de causal de nulidad, ausencia de vulneración al derecho a la igualdad”*.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así: una vez admitida la demanda mediante auto interlocutorio No. 335 del 09 de mayo de 2018¹ y llevada a cabo la notificación a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y se decretó de oficio una prueba documental, en atención a la facultad conferida en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011².

La audiencia de prueba tuvo lugar el 27 de mayo de 2019³ y finalmente, mediante auto interlocutorio No. 1067 del 13 de junio de 2019⁴, se incorporó dicha prueba documental, se cerró la etapa probatoria y se otorgó a las partes procesales el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión en forma escrita.

El apoderado judicial de la parte demandante, en sus alegatos de conclusión ratificó que la demanda se interpuso con el fin de obtener la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos del cómputo de la prima de antigüedad y, para lograr la inclusión como partida computable de la prima de navidad en una duodécima parte. Seguidamente, se advierte que reiteró los argumentos expuestos al momento de presentar la demanda⁵.

La entidad accionada no presentó alegatos de conclusión y la representante del Ministerio Público no emitió concepto.

¹ Folio 31 del expediente.

² Folios 151 a 153 del expediente.

³ Folio 160 del expediente.

⁴ Folio 166 del expediente.

⁵ Folios 168 a 177 del expediente.

6. CONSIDERACIONES

6.1.- Presupuestos de la Acción:

1. Capacidad jurídica de las partes

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia⁶.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderada judicial, tal y como se comprueba en el poder glosado a folio 72 del expediente.

2. Caducidad de la Acción

En el presente asunto, los actos administrativos demandados corresponden a los Oficios Nrs. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016 y 2017-85449 del 27 de diciembre de 2017, mediante los cuales se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, en este orden de ideas tratándose de una prestación periódica no hay lugar a contabilizar el término de caducidad conforme lo prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

3. Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que en el asunto de marras no es exigible este requisito previo para demandar dado que al estar involucrados en este tipo de controversias derechos laborales irrenunciables que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

En lo que corresponde al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2º del artículo 161 ibídem, en el asunto de marras se observa que contra los actos administrativos que negaron la reliquidación del accionante, no se indicó la procedencia de recurso de apelación alguno, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, el demandante podía acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

6.2.- Presupuestos de la demanda:

1. Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

2. Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos

⁶ Folio 1 del expediente.

162 y 163 del CPACA

6.3. Problema Jurídico:

Teniendo en cuenta la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el día 08 de mayo de 2019⁷, se advierte que el problema jurídico consiste en establecer si es procedente la reliquidación de la asignación de retiro devengada por el demandante, bajo el siguiente concepto:

- i) Si se presenta una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en la liquidación de la asignación de retiro, por cuanto a juicio del actor se afectó doblemente la prima de antigüedad,
- ii) Si le asiste el derecho al demandante a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

6.4.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

6.4.4. Régimen legal que regula la asignación de retiro para Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares:

El régimen salarial para soldados profesionales de las Fuerzas Militares es el establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2.000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el Decreto 4433 de 2004, el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La asignación de retiro para los soldados profesionales se concibe como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2.004⁸, al revisar la constitucionalidad del Decreto N° 2070 de 2.003, "*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*", determinó que la asignación de retiro es de naturaleza prestacional y se asimila a la pensión de vejez⁹.

Agrega que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

El Decreto 4433 de 2.004, incorporó dentro del Régimen de pensión y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados profesionales, consagrando en el artículo 16 que 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

⁷ Folios 151 a 153 del expediente.

⁸ Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

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.”

Ahora bien, conforme el Decreto 1794 de 2000, el soldado profesional, tiene derecho, entre otros, a las siguientes prestaciones:

a) **Prima de antigüedad** que se otorga al segundo año de labores, equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica.

Consecuentemente, se dispuso de un incremento de dicha prima de antigüedad, consistente en que por cada año de servicio adicional, se reconoce un seis punto cinco por ciento (6.5%)¹⁰ más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%)¹¹.

Para proteger al soldado voluntario que no contaba con este tipo de prestación, se dispuso que fueran incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les fue aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen¹².

b) Prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹³ del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de julio de cada año.

c) Prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹⁴ del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto, es decir que se empezó a reconocer en el 2.001.

d) **Prima de navidad** equivalente al cincuenta por ciento (50%)¹⁵ del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará en el mes de diciembre de cada año.

6.4.5. Liquidación de la asignación de retiro:

En lo que corresponde a la asignación de retiro, se tiene que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, dispone sobre la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, lo siguiente:

“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

¹⁰ *Ibidem*. Artículo 2

¹¹ *Ibidem* Artículo 2

¹² *Ibidem* parágrafo 2º.

¹³ *Ibidem* Artículo 3

¹⁴ *Ibidem* Artículo 4

¹⁵ *Ibidem* Artículo 5

*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". (Negrilla del Despacho)*

De lo anterior, se desprende que la controversia suscita gira alrededor del alcance o interpretación que debe darse a esta norma pues la entidad demandada estima que según ella la liquidación de la asignación de retiro corresponde a sumar el salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado aplicarle el 70%, mientras que la parte actora considera que la formula debe aplicar el 70% al salario básico adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad pues la forma como lo realiza la Caja de retiro implica una doble afectación de la partida de prima de antigüedad.

La anterior controversia fue resuelta por el Consejo de Estado, mediante **sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019**¹⁶, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, en donde se indicó lo siguiente:

(...) 6. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

(...)

Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad) 70%=Asignación de Retiro*

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁷.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que

¹⁷ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. *Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:*

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

241. *Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior."*

De la jurisprudencia en cita se desprende que la forma como viene siendo liquidada la asignación de retiro implica una doble afectación de la prima de antigüedad, y no corresponde al tenor literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, motivo por el cual la forma en que debe reliquidarse dicha asignación de retiro, es bajo los siguientes parámetros: $AR = (AM \times 70\%) + (PA \times 38.5\%)$, donde AR=Asignación de retiro. AM= Asignación Mensual. PA= Prima de antigüedad.

6.4.6. Reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima de navidad:

La parte actora invocó la violación al derecho a la igualdad, toda vez que no se incluyó la prima de navidad en una duodécima parte (1/12) como partida computable para liquidar la asignación de retiro, teniendo en cuenta que el Decreto 4433 de 2004 reguló dicho porcentaje para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Al respecto, se tiene que el artículo 13 ibídem consagra en cuanto a las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia de personal de las Fuerzas Militares, que:

"(...) se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales". (Negrilla del Despacho)

De acuerdo con la norma antes referido, se tiene que al momento de procederse al reconocimiento de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debe tener como partidas computables, el salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, sin que se haya establecido de manera taxativa la prima de navidad en una duodécima parte como partida computable, pues esta se estipuló únicamente para los Oficiales y Suboficiales.

No obstante, resulta importante advertir que en pronunciamientos anteriores esta juzgadora ha accedido a las pretensiones relativas al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad como partida computable¹⁸, al considerar que prima de navidad constituye un factor salarial que es reconocido habitualmente a ambos grupos de profesionales cuando se encuentran en actividad y en forma proporcional a su remuneración salarial, por lo que en virtud del principio de igualdad, la diferenciación dispuesta para efectos de la asignación de retiro no responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La anterior postura se ajustará a la **sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019**¹⁹, dictada por el Consejo de Estado, en donde al efectuarse un riguroso estudio de los antecedentes normativos y jurisprudenciales aplicables al caso concreto, principalmente lo relacionado con la vulneración del derecho a la igualdad frente a las partidas computables que se deben de tener en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, concluyó lo siguiente;

"...En conclusión, 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

¹⁸ En las providencias dictadas previamente por este Estrado Judicial, se consideraba lo siguiente: *"...Por consiguiente, al no advertirse alguno de los eventos señalados por el precedente constitucional, ni encontrarse fundamento legal que justifique el trato negativo que se le dio a los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, al excluirse a aquellos la duodécima parte (1/12) de la prima de navidad en su asignación de retiro (que si se incluye para los oficiales y suboficiales), el Despacho, en observancia a lo expuesto por el artículo 4 de la Constitución Política, considera que en el sub examine, debe inaplicarse por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y, en consecuencia, la renombrada "prima de navidad en su doceava parte (1/12)" deberá computarse para la liquidación de la asignación de retiro del actor."*

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

1. 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. (Negrilla y subrayado del Despacho)

El máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, arribó a la anterior conclusión, bajo los siguientes argumentos:

“4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

2. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

3. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

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.

4. En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»²⁰. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»²¹.

²⁰ Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

²¹ Ibidem.

5. Lo anterior, se refleja en las disposiciones que describen las partidas sobre las cuales se realizan aportes y aquellas que serán tenidas en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, así como el porcentaje en el que se deben realizar aportes y aquel que se ha de incluir para el cálculo de la mesada, contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

(...)

6. Nótese cómo claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el párrafo ordena: «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».

7. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

8. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)
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	13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de

<p><i>presente decreto.</i></p>	<p><i>Insignia.</i> 13.1.7 <i>Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.</i> 13.1.8 <i>Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.</i></p>
---------------------------------	---

9. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime²² que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

10. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»²³, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»²⁴, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

(...)

12.- En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales **en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas.** En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

13.- El siguiente cuadro evidencia las diferencias entre los aportes o cotizaciones que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución:

²² T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

²³ T-587 de 2006.

²⁴ Ibidem.

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
<p>Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.</p> <p>17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).</p> <p>17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.</p>	<p>Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.</p> <p>18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.</p> <p>18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).</p> <p>El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:</p> <p>18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.</p> <p>18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.</p> <p>18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.</p> <p>18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.</p> <p>18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante</p>

	<p>el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.</p>
--	--

(...)

*Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares **las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones**, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares". (Negrilla y subrayado del Despacho)*

A partir del marco normativo y jurisprudencia antes expuesta, el Despacho procederá a estudiar el caso concreto, con el fin de determinar si el demandante tiene o no derecho al reajuste deprecado.

6.5.- Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

De la revisión del proceso, se tiene acreditado que mediante la Resolución No. 4326 del 17 de junio de 2016²⁵, el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció una asignación de retiro a favor del señor Anyelo Alexander Martínez Luna, en su condición de soldado profesional, a partir del 16 de agosto de 2016, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015), indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

Inconforme con la anterior decisión, el demandante a través de apoderado judicial presentó derecho de petición ante la entidad accionada los días 25 de agosto de 2016²⁶ y 19 de diciembre de 2017²⁷, solicitando el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello, la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas computables, sin afectar doblemente la prima de antigüedad, desde la

²⁵ Folio 12 a 13 del expediente.

²⁶ Folios 3 a 5 del expediente.

²⁷ Folios 7 a 8 del expediente.

fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, con el fin de que se incluyera en su asignación de retiro la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, en atención a lo previsto en el artículo 13.1.8 ibídem.

Las anteriores peticiones, fueron resueltas en forma desfavorable a través de los actos administrativos acusados, a saber los Oficios Nrs. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016²⁸ y 2017-85449 del 27 de diciembre de 2017²⁹.

Ahora bien, de conformidad con la hoja de servicios No. 3-86030917 del 31 de mayo de 2016³⁰, el demandante percibió como "HABERES" recibidos en la última nómina de abril de 2016 – Días: 30 GRADO: SLP, los siguientes:

Descripción	Porcentaje	Valor
Sueldo Básico		\$965.237,00
Subsidio Familiar	4	\$603.273,12
Prima Antigüedad SP	58.50	\$564.663,64
Seguro de Vida Subsidiado	00	\$ 12.760,00
Bonificación Orden Público Soldado PF	00	\$241.309,25
TOTAL		\$2.387.243,01

Así mismo, se indicó que las partidas computables para pensión fueron el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

En lo que corresponde a la liquidación de la asignación de retiro, se tiene que la parte demandante al momento de promover este medio de control, afirmó que la entidad accionada incurrió en un error en el cálculo del valor de la asignación de retiro, en razón a que se afectó doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad, por cuanto toma el porcentaje del 38.5% de la prima de antigüedad adicionándola con el 100% del salario básico y al total se le aplica el porcentaje de 70%.

Al respecto y con el fin de determinar si efectivamente la entidad accionada incurrió o no en un error al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, se tiene que a folio 164 del plenario, obra como prueba la Tarjeta de Liquidación, expedida por el Grupo de Nomina de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de la cual se extrae lo siguiente:

Liquidación		
Sueldo Básico		\$ 965.237,00
	70%	\$ 675.666,00
Prima de Antigüedad	38.50%	\$ 260.131,00
Subtotal		\$ 935.797
Subsidio Familiar		\$ 180.982
Total		\$ 1.116.779

De acuerdo con lo anterior, se tiene que para el cálculo de la asignación de retiro del señor Anyelo Alexander Martínez Luna, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - incurrió en un error en la forma de liquidación, como

²⁸ Folio 6 del expediente.

²⁹ Folio 9 del expediente.

³⁰ Folio 11 del expediente.

quiera que el 38.50% de la partida computable de prima de antigüedad, se calculó a partir del 70% del sueldo básico y no del 100% del mismo, por lo que debe concluirse la misma no está acorde con los lineamientos fijados por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019**³¹, en donde se determinó que: *“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: (salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro”*.

Por tanto, la fórmula de cálculo debidamente aplicada corresponde a la siguiente:

Liquidación		
Sueldo Básico		\$ 965.237,00
	70%	\$ 675.666,00
Prima de Antigüedad	38.50%	\$ 371.616,245
Subtotal		\$ 1.047.282,245
Subsidio Familiar		\$ 180.982
Total		\$ 1.228.264,245

Así las cosas, se desprende que la manera en que la entidad demandada liquidó la asignación de retiro al actor no es la indicada, ya que la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo y en los términos estudiados por nuestro máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en reciente sentencia de unificación, corresponde a que el monto de la asignación de retiro se realiza a partir del 70% del salario mensual, el cual debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad, en este orden el acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016, se encuentra viciado de nulidad parcial, al vulnerar la normatividad en la que se fundamenta, y por ende se debe aplicar el reajuste deprecado.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en la presente providencia³², así: el 70% de la asignación básica, **más** el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, desde el 16 de agosto de 2016, fecha desde la cual adquirió el derecho el demandante. Esta liquidación no afectará la partida computable de subsidio familiar ya reconocida a través de la Resolución No. 4326 del 17 de junio de 2016.

Se dispondrá que la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho.

Las sumas adeudadas serán ajustadas en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la fórmula autorizada para tal fin por el Honorable Consejo de Estado.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

³² (salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. asignación mensual de retiro o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Igualmente se dispondrá que los intereses moratorios se devenguen a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA concordante con el artículo 195 ibídem

En este sentido, debe indicarse que se procederá a declarar la nulidad parcial del Oficio No. 2016-60768 del 08 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta que el mismo también resuelve la petición formulada por el demandante con relación al reajuste de su asignación de retiro, tomando como base la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es el salario mínimo incrementado en un 60%, aspecto que no corresponde al estudio del presente asunto, como quiera que tal pretensión no se encuentra dentro de la fijación del litigio planteada en audiencia inicial celebrada el pasado 08 de mayo de 2019 y en razón a que tal aspecto ya fue dilucidado por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 219 del 29 de noviembre de 2016, proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 76001-33-33-008-2015-00435-00³³.

De otro lado, en lo que corresponde a la inclusión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad devengada por el demandante en actividad en la respectiva liquidación de su asignación de retiro, el Despacho considera no hay lugar a acceder a esta pretensión, en razón a que el Consejo de Estado en sentencia de **sentencia de unificación SUJ2-15-19 del 25 de abril de 2019**³⁴, expuso en forma clara y precisa que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales **son únicamente** las siguientes: *“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 y 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”*.

De manera que la prima de navidad devengada en actividad por el demandante no corresponde a una partida computable para efectos de la liquidación de su asignación de retiro, más aún si se tiene en cuenta que sobre la misma no se efectuaron los respectivos aportes a pensión, tal como se logra extraer de la hoja de servicios No. 3-86030917, visible a folio 11 del plenario, por lo que tal circunstancia impide acceder a su reconocimiento, en los términos del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y en aplicación de la sentencia de unificación referida previamente.

A partir del estudio de fondo previamente efectuado, se procederá a **declarar no probada** la excepción denominada: *“En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad)”*, formulada por la apoderada judicial de la entidad accionada.

³³ Información extraída del sistema de información de la Rama Judicial – Sistema Siglo XXI.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente; William Hernández Gómez, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Actor: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Así mismo, se procederá a **declarar probada** la excepción denominada: *“Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro”* y a **declarar probada parcialmente** las excepciones denominadas: *“No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de causal de nulidad y ausencia de vulneración al derecho a la igualdad”*, propuestas por la representante judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

6.7. Prescripción:

De otro lado, se observa que el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se llevó a cabo a partir del 16 de agosto de 2016, mediante la Resolución No. 4326 del 17 de junio de 2016 (Folios 12 a 13 del expediente), que la petición de reajuste de dicha asignación fue presentada el día 25 de agosto de 2016 y el día 19 de diciembre de 2017 (Folios 3 a 5 y 7 a 8 del expediente) y por ende **no operó el fenómeno jurídico de la prescripción trienal** establecido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

La citada norma establece este fenómeno para las prestaciones causadas en su vigencia en los siguientes términos:

“ARTICULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Bajo los parámetros expuestos, se tiene que en el caso bajo estudio no operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los reajustes reclamados por la parte demandante, toda vez que la solicitud de reliquidación fue presentada dentro del año siguiente al reconocimiento de la asignación de retiro.

7. COSTAS:

Finalmente en cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez *“dispondrá”* sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER³⁵ la norma bajo análisis impone al operador

³⁵ Dijo la citada sentencia: *“Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el*

judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada: *“En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad)”*, formulada por la apoderada judicial de la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada: *“Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro”* y **DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE** las excepciones denominadas: *“No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de causal de nulidad y ausencia de vulneración al derecho a la igualdad”*, propuestas por la apoderada judicial de la entidad accionada.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en el Oficio No, 2016-60768 – CREMIL: 74019 del 08 de septiembre de 2016, expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** - a reajustar y pagar la asignación de retiro del Soldado Profesional (R) **ANYELO ALEXANDER MARTÍNEZ LUNA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 86.030.917, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en la presente providencia³⁶, así: el 70% de la asignación básica, **más** el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, desde el 16 de agosto de 2016, fecha desde la cual adquirió el derecho el demandante. Esta liquidación no afectará la partida computable de subsidio familiar ya reconocida a través de la Resolución No. 4326 del 17 de junio de 2016.

QUINTO: Las diferencias que resulten en la anterior liquidación, se ajustaran en los términos del inciso 4° del artículo 187 del CPACA, de conformidad con la siguiente formula:

$$R = RH \text{ (Índice final / Índice inicial)}$$

proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

³⁶ (salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, **la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada**, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SEXTO: ORDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, pagar las diferencias que resulten entre la asignación reconocida mediante la Resolución N° 4326 del 17 de junio de 2016 y el resultado que arroje la liquidación de la asignación que se efectuó con ocasión al cumplimiento de la presente providencia a partir del 16 de agosto de 2016.

SÉPTIMO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

OCTAVO: NEGAR la condena en costas conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO: COMUNICAR a la entidad demandada, en firme la presente sentencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTHNER HENAO
JUEZ

Lcms.