



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00124-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: WILTON ALFONSO VARGAS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Tema: Sanción mora docente.

Evacuada la etapa probatoria en el presente asunto y habiéndose prescindido de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **WILTON ALFONSO VARGAS** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** identificado con el Rad. 73001-33-33-004-2018-00124-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (fol. 13-14):

"1) Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo No. 2017-54398 de fecha 8 de septiembre de 2017 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES que negó las siguientes peticiones:

- a. La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.*
- b. La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*

2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:

- a. *A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5 de la prima de antigüedad.*
 - b. *A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad ESTABLECIDA EN ELE ARTICULO 5 DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.*
- 3) *Que en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en los numerales anteriores.*
- 4) *Ordenar 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.*
- 5) *Ordenar 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).*
- 6) *Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derechos".*

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (fol. 14-15):

- "1.- El señor WILTON ALFONSO VARGAS prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.*
- 2.- Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.*
- 3.- A partir del 01 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.*

4.- *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 No. 5996 de fecha 25 de agosto de 2016 le reconoció a mi poderdante asignación de retiro.*

5.- *Con fecha 24 de agosto de 2017, radicado No. 20170073397, mi poderdante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.*

6.- *Con fecha 8 de septiembre de 2017 mediante acto administrativo radicado No. 2017-54398 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa."*

3. Contestación de la Demanda

3.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (Fls. 1 y s.s.)

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 la prima de navidad no constituye una partida computable para los Oficiales y Suboficiales, razón por la cual, dicha partida no se liquidó en la asignación de retiro del demandante. De acuerdo con ello y siguiendo la uniformidad de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal y como lo ha aplicado la Entidad.

Propuso como excepciones las que denominó *INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES, NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, NO CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE NULIDAD Y AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD.*

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 18 de abril de 2018 (fol. 29), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 23 de abril de 2018 ordenó la admisión de la demanda (fls. 30 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 34 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó la demanda. (fls. 44 y ss).

Luego, mediante providencia del 06 de noviembre de 2018 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 97), la cual, se llevó

a cabo el día 19 de marzo de 2019, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma (fol. 115 a 117). Como no se hizo necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, y así mismo, por considerarlo procedente, se corrió traslado a las partes para que presentaran oralmente sus alegatos de conclusión, procediendo a indicar el sentido del fallo conforme lo indica el numeral 2º del artículo 182 del CPACA, siendo PARCIALMENTE FAVORABLE a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de las Partes

5.1. Parte Demandante

Reitera los argumentos de la demanda, y solicita que se acceda a las pretensiones.

5.2. Parte Demandada

Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un ex empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de acuerdo todo ello con lo previsto en los artículos 104, 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema Jurídico

Se deberá establecer, si el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su asignación de retiro, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad y además a que se compute la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 esto es, tomando como base el 70% de la asignación básica a la cual se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, o si por el contrario, el acto administrativo demandado, que negó tales reconocimientos, se encuentra ajustado a derecho.

3. Acto Administrativo Demandado

El Oficio N°. 2017-54398 del 8 de septiembre de 2017, por medio del cual se le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y su liquidación tomando el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

4. Fondo del Asunto.

Como quiera que el presente asunto encierra en su decisión dos problemas jurídicos, procede el Despacho a efectuar el análisis independiente de cada uno de ellos, en los siguientes términos:

1. **¿Le asiste derecho al demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada adicionando al 70 del salario mensual, el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo prescribe el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?**

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Considera el apoderado actor que la forma como le fue reconocida y liquidada la asignación de retiro en su calidad de soldado profesional no se encuentra conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1161 de 2014, asistiéndole derecho a que se le liquide la asignación de retiro, tomando el 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

La asignación de retiro del accionante se encuentra liquidada conforme a la normatividad vigente.

TESIS DEL DESPACHO

La tesis que sostendrá el Juzgado es que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda frente a este aspecto, por cuanto, la forma en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- liquidó la asignación de retiro del demandante, contraría la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en lo que tiene que ver con el porcentaje tomado por concepto de prima de antigüedad.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, estableció la forma de liquidar la asignación de retiro para soldados profesionales, de la siguiente forma:

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

El salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., a que hace referencia el artículo anterior, dispone:

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

(...) (...)

13.2 Soldados Profesionales:

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

El mencionado Decreto 1794 de 2000 al establecer el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, señaló:

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 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%).

Así las cosas, la asignación de retiro de los soldados profesionales corresponde al 70% del salario mensual (salario mínimo + 40% en el caso del demandante), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En relación con la forma en que debe liquidarse la asignación de retiro y el cálculo del porcentaje de la prima de antigüedad, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00822-00, dispuso:

"Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015¹, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

"4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

"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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).

Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo "contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica", como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo."².

Posteriormente, en decisión de 23 de junio de 2017, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Expediente 11001-03-15-000-2017-01058-00, dentro de acción de tutela, reiterando providencia del 9 de marzo de 2017 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado³, al pronunciarse sobre el reajuste de la asignación de retiro por afectar doblemente la prima de antigüedad, reiteró la anterior posición, aclarando que el porcentaje del 38.5% se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual:

"En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual..." (Negrillas y subrayas del despacho)

² Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 9 de marzo de 2017. CP. William Hernández Gómez. Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez. Exp. 66-001-23-33-000-2013-00079-01

Así las cosas, considera el Despacho que, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales retirados del servicio, debe realizarse a partir de un 70% del salario mensual cuyo resultado se **adiciona** con el 38.5% de la prima de antigüedad porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Detallado lo anterior, procede el Despacho a establecer lo probado en el proceso:

- Mediante Resolución No. 5996 del 25 de agosto de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- efectuó el reconocimiento de asignación de retiro al accionante en su grado de **soldado profesional**, por contar con 20 años, 02 meses y 26 días de servicio.⁴
- Al momento del retiro del servicio, el accionante se encontraba devengando un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y devengaba una prima de antigüedad equivalente al 58.5%. del sueldo básico.⁵

Ahora bien, se realizará por parte del despacho un cuadro comparativo respecto a cómo se realizó la liquidación por parte de la demandada y la liquidación realizada en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO REALIZADA POR CREMIL⁶

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2017 + 40%)	\$ 1.032.804
70% DEL SUELDO BÁSICO	\$ 722.963
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BASICO x 38.5%)	\$ 278.341
TOTAL	\$ 1.001.304

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO ESTABLECIDA CON EL DECRETO 4433 de 2004 ARTÍCULO 16:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO TOMANDO EL 70% SUELDO BÁSICO MÁS EL 38.5 % DE LA PRIMA DE ANTIGUEDAD DEVENGADA	
SUELDO BÁSICO 2017 (SMLMV + 40%)	\$ 1.032.804
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	\$ 722.963
38.5% DEL 100% DEL SUELDO BÁSICO (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	\$ 397.630
70% DEL SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	722.963 + 397.630
TOTAL	\$1.120.593

⁴ Fls. 10 a 11.

⁵ Fl. 9.

⁶ Fls. 12.

De lo anterior se desprende que la forma en que la Entidad demandada liquidó la asignación de retiro del demandante, contraría el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que respecta al cómputo de la prima de antigüedad, razón por la cual, el acto administrativo acusado adolece de nulidad.

Las sumas causadas como efecto de la liquidación que se ordena deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud y demás.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

- 2. ¿Le asiste Derecho al demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada incluyendo como partida computable la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, por vía de excepción de inconstitucionalidad y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004?**

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostiene, que en aplicación del derecho constitucional de igualdad, debe liquidarse la asignación de retiro que disfruta como soldado profesional, incluyendo en la misma como factor salarial, la duodécima parte de la prima de navidad percibida con los haberes recibidos a la fecha de retiro.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que el régimen pensional de los soldados profesionales, no contempla lo devengado por prima de navidad, como factor para liquidar la asignación de retiro.

TESIS DEL DESPACHO

Para el Despacho en el presente asunto el demandante no tiene derecho a la inclusión de la duodécima parte prima de navidad en la asignación de retiro, como quiera que la normativa aplicable a los soldados profesionales no dispone dicha prestación como partida computable, sin que tal circunstancia constituya violación alguna al derecho a la igualdad.

DESARROLLO DE LA TESIS DEL DESPACHO

Para desarrollar la tesis planteada, el Despacho abordará el análisis a partir del régimen salarial de los Soldados Profesionales, pasando por el régimen aplicable para la asignación de retiro.

El Decreto 1794 de 2000, estableció el régimen salarial de los soldados profesionales y el Decreto 4433 de 2004, determinó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La Prima de Navidad se encuentra regulada para los Soldados Profesionales en el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, bajo el siguiente tenor literal:

***"Artículo 5. Prima de navidad.** El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre de cada año.*

***Parágrafo.** Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad."*

El Decreto 4433 de 2004 señala en su artículo 13, las partidas computables para el reconocimiento de la **asignación de retiro**, la pensión de invalidez, y de sobrevivencia para el personal de las Fuerzas Militares, así:

***"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:*

"13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 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." (Negrillas del Juzgado).

Igualmente el artículo 16 del Decreto 4433, respecto a la asignación de retiro de los soldados profesionales sostiene:

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

De los preceptos normativos referidos en precedencia se desprende, que la prima de navidad no fue reconocida por el legislador como una partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, siendo ésta una prerrogativa consagrada únicamente para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Pese a lo anterior, es necesario establecer si la exclusión expresa de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales consagrada en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, resulta violatoria del derecho a la igualdad y en consecuencia, es posible inaplicar la mentada disposición en virtud de la excepción de inconstitucionalidad a que hace referencia el artículo 4° de la Constitución Política o si la misma se encuentra ajustada a la Constitución.

Para determinar cuando el trato desigual es discriminatorio, la H. Corte Constitucional desarrolló una herramienta metodológica denominada juicio integrado de igualdad, la cual, permite determinar si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, en los siguientes términos:

"El juicio integrado de igualdad

29. Esta herramienta metodológica se compone de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación.

30. La regla consiste en reconocer que al momento de ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último "adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero".

Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones, por una parte, se encuentra el principio democrático, que obliga a darle un peso importante a la labor de creación del legislador, pues debe permitirse un margen considerable de valoración sobre los asuntos objeto de regulación, a partir de la búsqueda de propósitos que se ajusten a los mandatos de la Carta; y por la otra, la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas, lo que se traduce en que no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio. Por ello, la Corte ha reiterado que "la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio", al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida."⁷

En consideración a lo antes expuesto, encuentra el Despacho que en el presente asunto resulta procedente aplicar el juicio integrado de igualdad determinado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes referida, para establecer si el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad del demandante o si por el contrario, la distinción a que hace referencia resulta ajustada a la Constitución Política.

Así las cosas, siguiendo la herramienta metodológica establecida por la H. Corte Constitucional, debe en primer lugar establecerse el criterio de comparación, es decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza, en este punto se advierte, que entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se presentan diferentes elementos diferenciadores, entre ellos se destacan, las tareas, las responsabilidades y los deberes propios de cada uno de los cargos, así:

⁷ Sentencia C-161 de 2016 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

ELEMENTO DIFERENCIADOR	SOLDADOS PROFESIONALES	OFICIALES Y SUBOFICIALES
FUNCIONES	Actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público.	Los suboficiales ostentan funciones de apoyo a los oficiales y los Oficiales ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, operaciones y unidades.
INGRESO	Ostentan un sistema de ingreso laxo, puesto que desempeñan funciones operativas.	Tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad.

Del anterior cuadro comparativo es factible concluir, que estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor arbitrariamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente, obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables.

Determinado lo anterior, en segundo lugar debe determinarse si el trato desigual es arbitrario e irracional, este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida, analizando tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin.

En el *sub lite* tenemos que *el fin buscado con la medida* no es otro que reconocer una asignación de retiro de mayor cuantía a quienes por sus funciones, calidades, conocimiento, competencias y responsabilidades, desempeñaron un cargo de mayor jerarquía.

En cuanto al *medio empleado*, tenemos que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció un mayor número de partidas computables en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales en relación con los soldados profesionales.

Finalmente en lo que atañe a la *relación entre medio y fin*, encuentra el despacho que al reconocer un mayor número de partidas computables, la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, será proporcionalmente más elevada en relación con los soldados profesionales.

En este sentido, ésta Oficina Judicial señala que en efecto el medio resulta adecuado para lograr el fin, por cuanto resulta ajustado a la Constitución Política, que quienes ocupan un cargo de mayor jerarquía y desarrollan funciones que requieren

competencias y habilidades especiales, reciban una remuneración mayor que se verá reflejada en la asignación de retiro.

En consecuencia, para el Despacho el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, supera el juicio integrado de igualdad y en consecuencia, no hay lugar a inaplicarlo por resultar constitucional, debiéndose negar la pretensión formulada al respecto.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas por concepto de prima de antigüedad, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir del 20 de septiembre de 2016 (fol. 10 anv.).
2. Que mediante petición de fecha 24 de agosto de 2017 el accionante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro (fol. 3 y s.s)
3. Que la demanda fue presentada el día 18 de abril de 2018 (fol. 29)

Así las cosas, como quiera que entre la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y la fecha de presentación de la petición ante el empleador, no transcurrieron más de tres (3) años, término que tampoco discurrió entre la fecha de presentación de la solicitud y la de radicación de la demanda, en el *sub lite* no hay lugar a declarar prescripción alguna de derechos.

COSTAS

Se indica finalmente que el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, debido a que no se accede a la totalidad de las pretensiones incoadas, de conformidad a lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo distinguido como Oficio No. **2017-54398 del 8 de septiembre de 2017**, proferido por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL-, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL- reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado WILTON ALFONSO VARGAS, adicionando al 70% de la asignación básica un 38.5% del 100% del sueldo básico, por concepto de prima de antigüedad, de conformidad con la interpretación realizada en la parte considerativa de esta providencia.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00124-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: WILTON ALFONSO VARGAS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Sentencia de Primera Instancia

TERCERO: DECLARAR que en el presente asunto no ha operado la prescripción.

CUARTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada.

OCTAVO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza