Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2.021)

Radicado:	**73001-33-33-005-2018-00173-00**
Medio de Control:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante:	**Javier Arias Montaña**
Demandado:	**Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil**

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 11 de diciembre de 2.020 sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho[1] profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes:

La demanda:

El señor **Javier Arias Montaña** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil** tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas (fls. 75 a 76):

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 que negó la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como el reajuste y pago de la asignación de retiro que devenga el demandante.
2. Que se ordene a la entidad demandada a inaplicar por inconstitucional el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en consecuencia se disponga el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del demandante tomando como

[1] Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del "Estado de Emergencia económico, social y ecológico" decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente "coronavirus"; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

base el 70% del salario básico contemplado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, el 38.5% de la prima de antigüedad liquidada conforme al artículo 2° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, el 100% del subsidio familiar de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 y la doceava parte de la prima de navidad liquidada conforme con el artículo 5° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, efectiva a partir del 8 de marzo de 2012.

3. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reajustar y reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta un 20% adicional desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión de la mesada pensional, así como el pago de la diferencia causada a partir del 8 de marzo de 2012 entre el salario percibido y el incremento solicitado. De igual manera, se ordene el reajuste de las primas de antigüedad, servicios, navidad, subsidio familiar, aplicando el aumento del 20% desde la fecha señalada.
4. Que se ordene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se ordene a la entidad demandada al pago de los intereses comerciales y moratorios, en caso que no se realice el pago de forma oportuna.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (fls. 76 a 77):

- El señor **Javier Arias Montaña** se vinculó al Ejército Nacional como soldado voluntario antes de la entrada en vigencia del Decreto 1794 del 2000, época en la cual, percibió como salario el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo hasta el mes de octubre de 2003.
- Que mediante Resolución Nro. 522 del 6 de febrero de 2012 Cremil reconoció asignación de retiro al demandante Javier Arias Montaña, con efectos fiscales a partir del 8 de marzo de 2012.
- Que la entidad demandada ha liquidado y cancelado la asignación de retiro del demandante en forma equivocada, como quiera que ha aplicado únicamente el 70% de la suma que arroja la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad y no así sobre la totalidad del salario básico. En lo relativo a la partida de subsidio familiar reconocida, indicó que la misma también se encuentra indebidamente liquidada como quiera que corresponde al 4% del salario básico adicionada la prima de antigüedad que equivale al 58.5% de la asignación básica.
- Expresó que, si bien el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 no establece para los soldados profesionales como factor computable en la asignación de retiro la doceava parte de la prima de navidad, dicha norma debe inaplicarse por inconstitucional, al considerar que se genera un trato diferenciado e injustificado entre el personal de oficiales y suboficiales de la institución demandada, vulnerándose de esta manera el derecho a la igualdad, tornándose procedente en su sentir, la inclusión de dicha partida teniendo en cuenta una asignación básica del 60% y no sobre el 40% como se realizó en actividad.

- Que la parte actora mediante derecho de petición del 5 de mayo de 2018 solicitó el reajuste y pago de su asignación de retiro en los términos referidos en precedencia; no obstante, mediante oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 Cremil emitió respuesta negativa a lo solicitado.

Normas violadas y concepto de violación.
Como normatividad transgredida el profesional del derecho trae a colación los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29 y 53 superiores, así como el artículo 34 de la Ley 2ª de 1945, los artículos 1, 2, 3, 13 y 23 del Decreto 4433 de 2004 y la Ley 238 de 1995.

Expresó que al señor **Javier Arias Montaña** se le ha cancelado una asignación básica diferente a la establecida en la Ley, por debajo de lo ordenado en la normatividad en comento, generando de esta manera un grave detrimento patrimonial al actor. De igual manera afirmó que, la postura adoptada por la entidad demandada ha vulnerado el derecho a la igualdad y ha generado discriminación entre el personal activo y el personal retirado de la fuerza pública, otorgándole a algunos unas partidas computables para su asignación de retiro y a otros solo dos partidas, lo cual, en su sentir, constituye un trato desigual entre iguales.

Trámite procesal.
La demanda se presentó el 18 de junio de 2018 (fl. 1) y mediante auto del 6 de agosto de 2018 (fl. 96) se admitió la misma, tras haberse subsanado los yerros anotados en proveído del 9 de julio de 2018 (fl. 86) ordenándose la notificación a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Surtida en debida forma la notificación a las partes, de la constancia secretarial obrante a folio 154 del plenario se evidencia que, dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL contestó la demanda de la referencia y formuló excepciones.

Contestación de la Demanda.
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.
Se opuso a las pretensiones de la misma y a la condena en costas; no obstante, aseveró que se aceptan los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, oponiéndose la entidad a las demás manifestaciones efectuadas en la demanda. De igual manera, expresó que Cremil reconoció asignación de retiro al señor **Javier Arias Montaña** de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a lo señalado en la hoja de servicios militares del actor.

Posteriormente señaló que, en el presente asunto se configura la cosa juzgada frente al subsidio familiar pretendido, como quiera que mediante sentencia del 15 de mayo de 2014 el Tribunal Administrativo del Tolima ordenó a Cremil a reconocer y pagar dicha partida al actor, decisión que fue acatada mediante Resolución Nro. 7895 del 16 de septiembre de 2014.

Señaló que la liquidación prestacional que efectúa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los soldados

profesionales, es acorde a las disposiciones normativas señaladas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que señala que debe reconocerse el 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, y que la fórmula que aplica para tal fin se encuentra ajustada a derecho.

Añadió que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció la partida computable denominada prima de navidad para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, y no así frente a los soldados profesionales; razón por la cual afirmó que Cremil no liquidó esa partida en la asignación de retiro del demandante, quien, al ostentar dicha calidad de soldado profesional, se debe liquidar su asignación sobre las partidas de salario mensual y la prima de antigüedad.

En consecuencia señaló que, en la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa correspondiente al actor, no se encuentra incluida la partida de la prima de navidad dentro de las partidas computables para la asignación de retiro a la cual hace mención el accionante y sin que este hubiere controvertido dicho acto administrativo, gozando de plena legalidad, por lo que el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación, y no pretender que Cremil asuma una carga prestacional que no le corresponde, y entre a modificar una información careciendo de competencia para ello, y que en el evento que la hoja de servicios estableciera porcentaje alguno por concepto de prima de navidad, tampoco sería posible reconocer dicha partida en la medida en que el legislador no lo contempló.

Finalmente, formuló los medios exceptivos que denominó: ***i. Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes,*** señaló que la entidad es la encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de los beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha del reconocimiento, ***ii. Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro***, manifestó que la entidad reconoció la partida enunciada en el porcentaje del 30% que dispone el Decreto 1162 de 2014, sin que la norma en comento señale la posibilidad de porcentajes diferentes a los estipulados en la misma, ***iii. Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro,*** Indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dicha partida solo se estipuló para los oficiales y suboficiales, por lo cual la misma no debe ser tenida en cuenta para los soldados profesionales al tenor de lo dispuesto en el numeral 13.2 del artículo 13 *ibídem*, ***iv. No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares,*** argumentó que, las actuaciones realizadas por la entidad se encuentran ajustadas a las normas vigentes y aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, con apego a la ley y en consecuencia, los actos administrativos proferidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, ***v. No configuración de la causal de nulidad;*** precisó que, en el presente asunto no se configura ninguna de las causales del artículo 137 del C. de P.A. y de lo C.A. y ratificó que los actos realizados por Cremil se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y ***vi. Ausencia de vulneración del derecho a la igualdad***, afirmó que, la entidad ha dado aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de igualdad frente a las tres categorías genéricas de la

jerarquía militar, esto es, los oficiales, los suboficiales y soldados profesionales – infantes de marina, se encuentran en una situación de hecho distinta y por tal motivo constituyen grupos diferenciados jurídicamente. En consecuencia, señaló que en el presente asunto no se ha vulnerado el derecho a la igualdad pues fue el legislador quién estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, norma que se encuentra vigente y que no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su existencia jurídica (fls. 143 a 152).

La audiencia inicial.
Mediante auto del 25 de octubre de 2019 (fl. 156) se fijó fecha y hora para la audiencia inicial la cual se llevó a cabo el día 5 de febrero de 20202 (fls. 177 a 178) diligencia en la cual se procedió al saneamiento del proceso y se decretaron pruebas para resolver la excepción mixta de cosa juzgada propuesta por el apoderado judicial de Cremil. En consecuencia, se fijó nueva fecha y hora para la continuación de la audiencia inicial para el día 3 de marzo de 2020.

Llegado el día y hora enunciados en precedencia, el Despacho continuó con la diligencia en comento, en la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada de manera parcial, tan solo frente a la pretensión relacionada con la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta el 100% del subsidio familiar de que trata el artículo 11 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.

De igual manera, se fijó el litigio, se tuvo por fracasada la etapa conciliatoria, y se procedió a la incorporación de las pruebas aportadas por las partes y a su decreto, quedando pendiente por recaudar prueba documental por lo que se consideró innecesaria la realización de la audiencia de pruebas.

En consecuencia, en virtud del acuerdo procesal logrado en dicha audiencia, mediante auto del 27 de noviembre de 2020 (fls. 207 a 208) se puso en conocimiento de las partes los documentos aportados por la entidad demandada, los cuales fueron decretados como pruebas de oficio. De igual manera, dentro del término de ejecutoria de las aludidas decisiones las partes guardaron silencio (fl. 208 vto.).

Finalmente, mediante auto del 11 de diciembre de 2020 (fls. 209 a 210) se declaró precluído el término probatorio en el proceso de la referencia y se ordenó correr traslado para alegar en el presente asunto conforme lo dispone el parágrafo final del artículo 181 del C. de P.A. y de lo C.A.

En consecuencia, de la constancia secretarial obrante a folio 216 del plenario se advierte que la parte demandante **allegó escrito** de alegatos de conclusión en término.

Alegatos de Conclusión
Parte demandante.
Ratificó los argumentos esbozados en la demanda al considerar que, al actor debió liquidársele su asignación mensual de retiro teniendo en cuenta el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, motivo por el cual afirmó que el demandante tiene derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, reliquidándose igualmente las prestaciones a que tiene derecho, entre ellos la prima de navidad y el subsidio familiar.

Igualmente, solicitó al Despacho tener en cuenta los argumentos planteados frente al reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que fueron incorporados posteriormente como soldados profesionales, en sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el día 25 de agosto de 2016, dentro del expediente CESUJ2-85001-33-33-002-2013-0006-01 Nro. Interno 3420-2015 M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (fls. 214 a 215).

Parte demandada – Cremil
No presentó escrito de alegatos de conclusión.

Surtido en debida forma el trámite procesal, el Juzgado procede a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

Consideraciones

Competencia.
Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.
Corresponde al Despacho determinar conforme se determinó en la audiencia inicial El problema jurídico a resolver consiste en determinar: ¿si el acto administrativo demandado, oficio Nro. 690 consecutivo 0052928 de 25 de mayo de 2018, está ajustado o no a derecho?, para lo cual debe analizarse si el demandante tiene derecho a que se reajuste y reliquide su asignación de retiro con:

i) Inclusión del 20% sobre el salario básico, en aplicación del Decreto 1794 de 2000 artículo 1° inciso 2°.

ii) La liquidación correcta de la prima de antigüedad y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, establecidas en el Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Tesis parte demandante

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto está viciado de nulidad por adolecer de falsa motivación y haber infringido las normas en que debió fundarse, pues el actor pese a haber adquirido su condición de soldado profesional tiene derecho al reconocimiento del salario básico incrementado en un 60% conforme lo preceptúa la Ley 131 de 1985, norma que se le aplicó inicialmente cuando ostentaba la condición de soldado voluntario pero también a los soldados profesionales, ya que se vinculó al Ejército Nacional con anterioridad al 1 de noviembre de 2003. De igual manera, aseveró que su poderdante tiene derecho a que se reliquide igualmente la prima de navidad, prima de antigüedad y el subsidio familiar en el mismo porcentaje.

Tesis parte demandada

El acto administrativo demandado se ajusta a la Ley y a la Constitución Nacional, como quiera que, la asignación de retiro del demandante fue reconocida conforme lo disponen los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, aunado a que estimó, en virtud de los Decretos 1793 y 1794 del 2000 se creó la categoría de soldado profesional con su respectivo régimen salarial y prestacional. Finalmente consideró que, no es procedente efectuar distinción entre estas dos categorías de soldados toda vez que resultaría vulneratorio al principio de igualdad e inescindibilidad.

Tesis del Despacho

Analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, de la contestación a la misma y de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, en el presente caso se accederá a las pretensiones de la demanda de acuerdo con el criterio de unificación emitido por el Consejo de Estado frente al tema, pues resulta viable que por favorabilidad se reliquide la asignación de retiro del accionante, teniendo como partida computable, el incremento en un 20% de su salario ya que le resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 artículo 1 inciso segundo, teniendo en cuenta la fecha en que fue vinculado al Ejército Nacional tal y como aparece acreditado en las diligencias, al igual que la reliquidación de la asignación de retiro al liquidar correctamente la prima de antigüedad, tal y como lo regula el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En lo que respecta a la prima de navidad, se torna forzoso negar dicha pretensión como quiera de acuerdo a los pronunciamientos legales y jurisprudenciales, en la asignación de retiro de los soldados profesionales únicamente se debe incluir las partidas expresamente indicadas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecuencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Javier Arias Montaña** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad del Oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 que negó la reliquidación y reajuste del 20% de la asignación mensual de retiro del demandante de conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 131 de diciembre de 1985, y en el inciso segundo del Decreto 1794 de 2000 por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de

los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó el reajuste y reliquidación de su asignación de retiro con inclusión del 20%, así como la reliquidación de la prima de antigüedad y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, establecidas en el Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado[2] ha advertido al respecto:
"*Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce[3], entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley[4], la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal[5], y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción[6].*

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral[7], de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado Nro. 12244 – Contractual. Demandante: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: la Nación - Ministerio de Comunicaciones, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

[3] GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo", 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

[4] Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

[5] Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

[6] Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

[7] Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad "unilateral" de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: ***a)*** *El objeto (una decisión);* ***b)*** *la competencia (facultad o capacidad para producir el acto);* ***c)*** *los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión);* ***d)*** *las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y* ***e)*** *la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.*". El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Cuestión Previa.

Observa el Despacho que en la continuación de la audiencia inicial celebrada el día 3 de marzo de 2020 (fls. 196 a 199) esta Dependencia Judicial al establecer el objeto del litigio indicó que se contraería a establecer si el "*oficio Nro. 690 consecutivo 0052928 de 25 de mayo de 2018*", está ajustado o no a derecho; no obstante, revisado el plenario y particularmente el acto administrativo enjuiciado se advierte que, corresponde al oficio Nro. 690 consecutivo 0052928 del **23 de mayo de 2018** (fl. 6), razón por la cual el Juzgado aclara que se efectuará el respectivo pronunciamiento frente al acto administrativo fechado 23 de mayo de 2018 y no así del 25 de mayo de 2018.

Marco Jurisprudencial.

Sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16, fechada el 25 de agosto de 2016, radicación CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Tema: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que se incorporaron como soldados profesionales, en aplicación del inciso 2 del artículo 1 del decreto reglamentario 1794 de 2000.

Sentencia que fue aclarada con auto de fecha 6 de octubre de 2016, en cuanto a los numerales 4 y 7 de la parte resolutiva.

De la transición de soldado voluntario a profesional.

Sea lo primero precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 217 *ibídem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en litigio, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

La **Ley 131 de 1985** *"Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario"*, dispuso:

> *"(…)*
> ***Artículo 2.*** *Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan (…).*
>
> *"**Artículo 4. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario,** el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."*

Se estableció entonces, mediante la citada ley, el servicio militar voluntario para quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran su intención de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados para tal efecto, señalándose para estos una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente y con el propósito de profesionalizar a todos los soldados que agrupan las Fuerzas Militares del país, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1793 del año 2000**, "*mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*", normativa que definió quienes eran soldados profesionales, estableciendo su sistema de incorporación, los requisitos para la incorporación e instituyendo además un régimen de transición, para aquellos soldados que fueron vinculados mediante la ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que expresaran su intención de incorporarse como profesionales, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicho decreto, pero respetándoseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieren al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Se citan en lo pertinente las siguientes preceptivas:

> "***Artículo 1. Soldados profesionales***. *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas (…)."*
> *(…)*
> "***Artículo 38. Régimen salarial y prestacional***. *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*
> *(…)*
> "***Artículo 42. Ámbito de aplicación***. *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."*

Como se advierte, se difirió en cabeza del Gobierno Nacional la tarea de expedir el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos. De igual manera, se dispuso la aplicación del mismo tanto a los soldados voluntarios que se

incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

Del régimen salarial y prestacional aplicable a quienes a 31 de diciembre de 2000 fungían como soldados voluntarios.

En desarrollo del artículo 38 citado en el apartado anterior y de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000** por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, norma que en su artículo 1º preceptuó sobre la asignación salarial mensual, lo siguiente:

> "***Artículo 1. Asignación salarial mensual***. *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente,* ***quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*** **"** Resaltado del Despacho.

De lo anterior se concluye que, a diferencia de lo dispuesto para los soldados profesionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 2001, los cuales devengarían un salario mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en el 40% del mismo salario, los soldados que fungían como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, **por virtud de una transición legal** y la prerrogativa de incorporación en ella establecida, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De suerte que, ante una petición de reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejada de pagar por la entidad castrense a quien demuestra que ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de "soldado voluntario" antes del 30 de diciembre del año 2000 e incorporado como profesional con ocasión de la expedición del multicitado decreto 1793 de 2000, lo propio es su cancelación, en aras de no menoscabar su derecho adquirido y el principio de progresividad que rige en materia salarial y prestacional.

Reglas jurisprudenciales de unificación sobre el derecho que les asiste a los soldados voluntarios hoy profesionales a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

El Consejo de Estado en sentencia proferida el pasado 25 de agosto de 2016[8] y con fundamento en el artículo 271 del C. de P.A. de lo C.A., asumió la competencia con la finalidad no solamente de proferir fallo de segunda instancia para el caso concreto, sino esencialmente para emitir la respectiva sentencia de unificación jurisprudencial sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que luego se incorporaron como

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015. Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

profesionales, fijando las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

"Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.".*

La prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 indicó que la prima de antigüedad sería partida computable de la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, en los siguientes términos:

"(…) 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. (…)"(subraya y negrea el Juzgado)*

En consecuencia, en virtud de la norma en comento la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, debe ser cancelada de la siguiente manera conforme lo establece el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000:

"ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARAGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados

les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado indicó[9]:

*"(…) 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, esta Colegiatura 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 es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó 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, 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 y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. (…)".

Así las cosas, se tiene que para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, debe tenerse en cuenta 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.

La prima de navidad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

La prima de navidad para los soldados profesionales fue creada mediante el Decreto 1794 de 2000 y en su artículo 5º señala que "*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 pagará en el mes de diciembre de cada año.*

PARAGRAFO. 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".

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015, Radicado: Nro. 11001-03-15-000-2015-00801-00, C.P Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 frente a las partidas computables que se deben incluir en la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares señaló lo siguiente:

"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 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

PARAGRAFO: - 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 fuera del texto).

Deviene de lo expuesto que, aunque la duodécima parte de la prima de navidad está incluida como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, la norma antes citada no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado en sede de tutela mediante providencia del 6 de septiembre de 2017[10] reiteró la improcedencia de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro para los soldados profesionales, al señalar que la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado se limitó a reconocer el derecho que tienen los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, tesis que respalda la referida Corporación en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019[11] la cual concretó que: *"[L]as 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 parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios*

[10] Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, Radicado: 11001-03-15-000-2017-01906-00(AC), Demandante: H.D.B., Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", C.P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, Radicado: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), Demandante: Julio César Benavides Borja, Demandado: Cremil, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales». […] [L]os 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. […]"

Hechos probados.

- El señor **Javier Arias Montaña** ingresó al Ejército Nacional como soldado regular prestando el servicio militar obligatorio, desde el 26 de julio de 1990 al 30 de enero de 1992; como soldado voluntario desde el 1 de marzo de 2003 al 31 de octubre de 2003; y finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 8 de diciembre de 2011, con alta de tres meses hasta el 8 de marzo de 2012 (fl. 9).
- Que de la hoja de servicios Nro. 3.93388734 del 20 de diciembre de 2011 se advierte que durante el último mes de servicio le fue cancelado al demandante además del sueldo básico, el subsidio familiar en cuantía del 4%, la prima de antigüedad en un 58.5% y la bonificación de orden público (fl. 9, 30).
- Mediante Resolución Nro. 522 del 6 de febrero de 2012 Cremil reconoció asignación de retiro al soldado profesional **Javier Arias Montaña** en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 8 de marzo de 2012 (fls. 11 a 13 y 124 a 125).
- Que por Resolución Nro. 7895 del 16 de septiembre de 2014, Cremil dio cumplimiento a la sentencia del 15 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que ordenó reliquidar y pagar la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta el subsidio familiar como partida computable en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro del servicio activo (fls. 20 a 21 y 109).
- Por Resolución Cremil Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018, la entidad demandada ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor **Javier Arias Montaña** y su reajuste desde el 6 de octubre de 2014 (fls. 132 a 134).
- Que el día 5 de mayo de 2018 el demandante solicitó inaplicar por inconstitucional el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y consecuencia de ello, deprecó el reajuste y pago de la asignación de retiro. No obstante, mediante oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 la entidad demandada negó lo deprecado por el actor (fl. 6).

Caso concreto.

Resulta indiscutible que lo que procura la parte actora, no es otra cosa que la aplicación del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para así lograr el reconocimiento y pago del reajuste salarial y prestacional equivalente al 20% por ser beneficiario de los derechos adquiridos con la Ley 131 de 1985 **(asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%)** pretensión que de conformidad con el marco normativo fijado líneas atrás, y atendiendo especialmente la regla jurisprudencial contenida en sentencia de Unificación del Consejo de Estado, resulta procedente por las siguientes razones:

Está acreditado en el proceso que el señor **Javier Arias Montaña** prestó sus servicios a favor del Ejército Nacional como: i) soldado regular prestando el servicio militar obligatorio, desde el 26 de julio de 1990 al 30 de enero de 1992; ii) como soldado voluntario desde el 1 de marzo de 2003 al 31 de octubre de 2003; y finalmente, se desempeñó como iii) soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 8 de diciembre de 2011, con alta de tres meses hasta el 8 de marzo de 2012 (fl. 9).

De acuerdo con lo anterior, el tránsito del demandante de soldado regular a soldado profesional, está regulado por el artículo 1º inciso 2º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Adicionalmente, se demostró que mediante Resolución Nro. 522 del 6 de febrero de 2012, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "Cremil" reconoció asignación mensual de retiro al soldado profesional **Javier Arias Montaña** tras laborar 20 años, 4 meses y 29 días, en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 8 de marzo de 2012 (fls. 11 a 13 y 124 a 125).

Así mismo, de acuerdo con la hoja de servicios Nro. 3.93388734 del 20 de diciembre de 2011 se evidencia que el señor **Javier Arias Montaña** devengó en su último año de servicio, la suma de $749.840,oo por concepto de sueldo, prima de antigüedad en porcentaje del 58.50% equivalente a $438.656,40, subsidio familiar en porcentaje del 4 % la suma de $468.650,oo y bonificación de orden público en la suma de $187.460,oo. En consecuencia, para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se tomó como partida computable, además del sueldo básico en cuantía de $749.840,oo, la prima de antigüedad del 58.5% equivalente a $438.656,40 (fl. 9, 30).

De igual manera, se encuentra acreditado que mediante petición del 5 de mayo de 2018, el actor solicitó a Cremil inaplicar por inconstitucional el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y consecuencia de ello, deprecó el reajuste y pago de la asignación de retiro que devenga teniendo en cuenta la última asignación devengada en el Ejército Nacional el 70% del salario básico contemplado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el 38.5% de la prima de antigüedad, el 100% del subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad (fls. 126 a 128). No obstante, mediante oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 la entidad demandada negó lo deprecado por el actor (fl. 6).

En este orden de ideas, al encontrarse acreditado que el demandante ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario y posteriormente, fungió como soldado profesional, el Despacho advierte que el régimen salarial aplicable es el contenido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, motivo por el cual, el actor tenía derecho a continuar percibiendo como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%; pese a lo anterior, la entidad nominadora para aquella época - Ejército Nacional, liquidó su asignación básica en los términos del inciso primero de la aludida normativa, desconociendo el régimen de transición a favor del demandante.

De igual manera procedió la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al efectuar el reconocimiento de la asignación de retiro al señor **Javier Arias Montaña**, tomando como base de liquidación el salario mínimo devengado incrementado en un 40% y

no en un 60%, desconociendo el principio de favorabilidad, el principio de progresividad en materia laboral y los derechos adquiridos del demandante.

De lo que se sigue, por cumplir con la condición prevista en el inciso 2° del art. 1° del Decreto 1794 de 2000, el demandante debió recibir como retribución a título de salario básico, un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en consecuencia, con independencia de que el demandante se hubiera acogido a un nuevo régimen que le ofrecía el reconocimiento de prestaciones sociales que antes no recibía, es claro que, la entidad accionada sí causó un perjuicio al demandante al rebajar en un 20% el salario básico que en otrora percibía.

De conformidad con lo anterior, atendiendo a las reglas de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 artículo 1 inciso 2º, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Como el demandante cumple con los requisitos establecidos en el citado decreto, en términos de la transición de soldado voluntario a soldado profesional, tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20%, y en consecuencia a que se reliquide la asignación de retiro que devenga en lo correspondiente a que la partida del "*salario mensual*" sea incrementada en un 60%, y a reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante desde el reconocimiento de la asignación de retiro.

No obstante, después de haberse notificado el medio de control de la referencia y al haberse decretado como prueba de oficio, CREMIL allegó copia de la Resolución Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018, la entidad demandada ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor **Javier Arias Montaña**, así como el pago de los valores que resultaren de dicho incremento a partir del 6 de octubre de 2014 (fls. 132 a 134), sin que se encuentre acreditado en el cartulario que, la entidad hubiere cancelado valor alguno por dicho concepto, así como la indexación y el pago de los intereses de mora desde la fecha de reconocimiento a la fecha de pago, razón por la cual habrá lugar a acceder a lo solicitado.

De igual manera, el actor depreca el reajuste del porcentaje de la prima de antigüedad incluida como partida dentro de la base liquidatoria de su asignación de retiro en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor literal dispone:

> ***"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 la norma en cita se evidencia que dicha prestación económica equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, **adicionado**

en un 38.5% de la prima de antigüedad, señalando que este último se obtiene partiendo del 100% del salario mensual conforme lo decantó el H. Consejo de Estado en la sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicado: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14).

Pese a lo anterior, se advierte que CREMIL efectuó la liquidación de la asignación mensual de retiro del demandante de la siguiente manera:

Salario Básico= SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) =140%
Prima de Antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

70%= (Sueldo Básico + 38.50% de prima de Antigüedad)

Así mismo, obra en el plenario la liquidación efectuada para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor en los términos de la Resolución Nro. 522 del 6 de febrero de 2012, en la cual se advierte lo siguiente (fl. 31):

		Total Cremil	**Total Despacho**
Sueldo Básico	s.m.l.m.v. +60%	$793.380	$793.380
Porcentaje Liquidación	70%	$555.366	$555.366
Prima de Antigüedad	38,50%	$213.815,91	$305.451,3
Total Asignación de Retiro		$769.182	$860.817,3

De igual manera, se allegó la liquidación realizada por la entidad demandada Cremil a efectos de aumentar el salario básico del 40% al 60% del demandante, para lo cual el Grupo de nómina de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dando cumplimiento a lo señalado en la Resolución Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018, aplicó lo siguiente (fl. 112):

		Total Cremil	**Total Despacho**
Sueldo Básico	s.m.l.m.v. +60%	$862.400	$862.400
Prima de Antigüedad	38,50%	$332.024	$332.024
Subsidio Familiar	4,00%	$539.000	$539.000
Total Asignación de Retiro		$1.733.424	$1.733.424
Porcentaje Liquidación	70%	$1.213.396,8	$1.474.704

Lo anterior permite colegir que, CREMIL reiteró la forma de liquidar la prestación deprecada por el actor, desconociendo así la normatividad aplicable y las sentencias de unificación proferidas por el H. Consejo de Estado.

Así las cosas, se advierte que la entidad demandada no observó el postulado del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que debió liquidar la asignación de retiro del demandante con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, procedimiento que no acató estrictamente, otorgando al precepto legal un sentido o interpretación que no correspondía a su tenor literal, pese a que éste no ofrecía lugar a duda; razón por la cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá reconocer y pagar al demandante los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja del reajuste de su asignación de retiro, al incluir el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la nulidad del oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "Cremil", que negó el reajuste de la asignación de retiro percibida por el demandante sin la inclusión de la partida de "*salario mensual*" incrementada en un 60%, y el reajuste de la asignación de retiro adicionando al 70% de la asignación básica, el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro devengada por el señor **Javier Arias Montaña** en lo correspondiente a que la partida de "*salario mensual*" sea incrementada en un 60% y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante desde el reconocimiento de la asignación de retiro.

No obstante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá tener especial cuidado al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, considerando que al incremento efectuado por la entidad se le debe descontar el valor que eventualmente se hubiere pagado al demandante en virtud de lo dispuesto en la Resolución Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018 (fls. 132 a 134).

Así mismo, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada a reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, aplicando el 70% de la asignación básica y posteriormente sumando el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Igualmente, se ordenará a CREMIL realizar el reajuste de la base pensional a partir del 8 de marzo de 2012 fecha en que se hizo efectivo el reconocimiento de la asignación de retiro.

La entidad demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los parámetros legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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 se causaron las sumas adeudadas.

Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mes y concepto, en cuanto a su diferencia insoluta.

Por último, el actor depreca la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes, como partida o factor pensional en la asignación de retiro, sobre el particular ha de precisarse que tanto en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (SU del 25 de abril de 2019), como el legislador han establecido que en la asignación de retiro de los soldados profesionales únicamente se debe incluir las partidas expresamente indicadas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, las cuales son: salario mensual y prima de antigüedad, de lo que se concluye que al demandante no le asiste el derecho a que se le incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad pues las disposiciones legales no lo prevén.

Como quiera que se demostró parcialmente la ilegalidad del acto administrativo demandado se declarará probada la siguiente excepción propuesta por el apoderado judicial de Cremil y que denominó: *Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro.*

Bajo la anterior orientación, es menester declarar no probadas las excepciones propuestas por el apoderado judicial de Cremil, denominadas: "*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 falta motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, No configuración de la causal de nulidad, Ausencia de vulneración del derecho a la igualdad"* consecuencia de lo atrás expuesto.

Prescripción.
El Decreto 1211 de 1990[12] establece en el artículo 174 que los derechos consagrados en ese estatuto, prescriben en 4 años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles y que el reclamo escrito sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

[12] Por el cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"

No obstante, resulta pertinente destacar que pese a que la sentencia de unificación dictada por el Honorable Consejo de Estado[13], fue clara en permitir la aplicación de la prescripción cuatrienal contemplada en el Decreto 1211 de 1990, la aludida Corporación en recientes pronunciamientos[14] aclaró que en casos como el que ocupa la atención del Despacho, esto es, la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe dar aplicación al término de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor literal señala:

> ***"ARTÍCULO 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."*

Así las cosas, atendiendo a que el demandante presentó ante la entidad reclamación de reconocimiento y pago del 20% que se adeuda al salario base como partida computable en la asignación de retiro el día **5 de mayo de 2018** es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento ha operado en el presente caso, por lo menos en lo que tiene que ver con los reajustes que fueron causados pero no reclamados anteriores al **5 de mayo de 2015,** razón por la cual habrá de declararse parcialmente probada de oficio la prescripción en el presente asunto.

Interés Moratorio.

Se reconocerá y pagará, siempre que concurran los supuestos de hecho del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

Cumplimiento de la sentencia.

Se atenderá conforme a las previsiones del artículo 192 *ibídem*, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la entidad demandada.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandante.

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015. Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. sentencias del 10 de octubre de 2019. Radicados: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) Acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015) y aclaración en el radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2)**; de tal manera que se explicite en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, "**...** *3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado*".

Por su parte, el Acuerdo Nro. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

"1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.
En única instancia.

a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones* de *contenido pecuniario, entre* ***el*** 5% *y el 15% de lo pedido.*
b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y* 8 *S.M.M.L.V*

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
(ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. *Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."*

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada la suma de $495.168,6 equivalentes al 4% de lo pedido, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley**,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción "*inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro*" propuesta por el apoderado judicial de Cremil, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el apoderado judicial de Cremil, denominadas: "*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 falta motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, No configuración de la causal de nulidad, ausencia de vulneración del derecho a la igualdad"* consecuencia de lo atrás expuesto.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio Nro. 690, consecutivo 2018-52930 del 23 de mayo de 2018 suscrito por la Coordinadora del Grupo de Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "Cremil", de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro que devenga el señor **Javier Arias Montaña** en lo correspondiente a que la partida de *"salario mensual"* sea incrementada en un 60% y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante desde el reconocimiento de la asignación de retiro.

No obstante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá tener especial cuidado al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, considerando que al incremento efectuado por la entidad se le debe descontar el valor que eventualmente se hubiere pagado al demandante en virtud de lo dispuesto en la Resolución Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018.

La entidad demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social integral y los demás a los que haya lugar.

QUINTO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la entidad demandada a reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante, aplicando el 70% de la asignación básica y posteriormente sumando el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Igualmente, se ordenará a CREMIL realizar el reajuste de la base pensional a partir del 8 de marzo de 2012 fecha en que se hizo efectivo el reconocimiento de la asignación de retiro.

SEXTO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción, respecto de las sumas causadas con anterioridad al **5 de mayo de 2015**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada - Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de $$495.168,6 a favor de la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

No obstante, al momento de liquidar el respectivo interés moratorio deberá tenerse en cuenta algún eventual pago efectuado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en virtud de lo dispuesto en la Resolución Nro. 10248 del 26 de marzo de 2018.

NOVENO: Denegar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

DÉCIMO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

DÉCIMO PRIMERO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G. del P.

DÉCIMO SEGUNDO: Una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE[15]**.**

El Juez,

José David Murillo Garcés

[15] **NOTA ACLARATORIA: La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.**