



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

Cartagena de Indias D. T y C. Once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2019-00007-00
Demandante	NELSON LIZARAZO VILLABONA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	Prima de antigüedad y prima de navidad miembros de la Fuerza Pública-derecho a la igualdad desde la óptica del derecho internacional.
Sentencia No	0151

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por NELSON LIZARAZO VILLABONA, a través de apoderado judicial, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL).

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2018-55091 de fecha 30 de mayo de 2018, por medio de la cual CREMIL negó las peticiones solicitadas por el demandante.
2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a CREMIL que liquide la asignación de retiro del actor de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5 de la prima de antigüedad.
3. Que se liquide la asignación de retiro del actor incluyendo como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro, la cual se establece en el artículo 5 del decreto 1794 de 2000, de conformidad con el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.
4. Que se ordene el reajuste de la asignación de retiro del actor año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones efectuadas.
5. Que se ordene el pago indexado de los valores que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente pagadas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación, conforme el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.
6. Que se paguen intereses de mora.
7. Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- HECHOS

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

El demandante prestó el servicio militar obligatorio en la Armada Nacional y terminado el periodo reglamentario ingresó como soldado voluntario en vigencia de la ley 131 de 1985, a partir del 2003 por decisión administrativa de la Armada fue promovido como infante de marina, condición que mantuvo hasta la fecha de su retiro. Mediante resolución No. 8467 de fecha 21 de marzo de 2018 se le reconoció asignación de retiro.

- **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Considera el apoderado judicial del accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Ley 131 de 1985, Ley 4º de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

En concreto manifestó, que al actor le fue reconocida asignación de retiro, esta le viene siendo liquidada por CREMIL, sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, y al monto resultante, le aplica el 70%. Esta errónea aplicación del artículo 16, lleva a que se presente una doble afectación de la partida de la prima de antigüedad.

Por otro lado, los factores salariales que el trabajador devenga regularmente, se deben tener en cuenta en el momento de la liquidación de la pensión como partidas computables, como es el caso de la prima de navidad que el actor percibió durante los 20 años que prestó servicios profesionales en la fuerza Pública.

- **CONTESTACIÓN**

En cuanto a la re-liquidación de la asignación de retiro, esta debe reconocerse en un monto equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad. Amen que el Departamento Administrativo de la Función Pública, ha manifestado que la liquidación realizada por CREMIL, respecto a la asignación de retiro y la prima de antigüedad, siempre ha sido ajustada a derecho.

Frente a la inclusión de la prima de navidad como partida computable, tenemos que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece ha de reconocerse la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad.

Propuso la excepción de PRESCRIPCION DEL DERECHO.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 18 de enero de 2019, correspondiéndole su conocimiento a este Despacho, quien procedió a su admisión mediante auto adiado 31 de enero de 2019, siendo notificada al demandante por estado electrónico 008.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 22 de febrero de 2019, de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Luego, en auto fechado 01 de agosto de 2019, se citó a audiencia inicial para el 11 de septiembre de 2019, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos orales en la misma diligencia, para lo cual se concedió un término de 10 minutos.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos finales.

DE LA PARTE DEMANDADA: Reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda. (Audio)

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES**- PROBLEMA JURIDICO**

1) Determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir, que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

2) Determinar si el demandante tiene derecho a que se incluya la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro de acuerdo al artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.

- TESIS

De entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implica que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se hace sujeto de una doble afectación: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más favorable al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

Por lo tanto, la forma como debió liquidarse la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es la siguiente: al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante como asignación de retiro.

Por otro lado, es preciso acotar que el concepto de la duodécima parte de la prima de navidad pretendido por el actor, como partida computable para tener en cuenta en la liquidación de su pensión de jubilación, no se encuentra incluida en el artículo 13, numeral 13.2. del decreto 4433 de 2004. Dicho de otra forma, debido a que el accionante está sujeto a un régimen especial, solo se puede tener en cuenta para el cómputo de su mesada pensional, los conceptos de sueldo básico, subsidio familiar en un 30% y prima de antigüedad, tal como lo establecen las normas ya citadas.

En ese sentido, no existe ningún trato desigual al respecto, puesto que los valores que son tomados en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro son los mismos que sirvieron de base para efectuar aportes.

Obsérvese que para efectos de aportes solo se tuvieron en cuenta durante toda la vida en servicio activo del actor, lo correspondiente a salario y prima de antigüedad, razón por la cual le asiste razón a CREMIL que al momento de liquidar la asignación de retiro del señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, solo le sean tenidos como partidas computables, los conceptos de salario y prima de antigüedad.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Si bien, el Derecho internacional no ha reglamentado o codificado el tema de seguridad social, especialmente lo relativo la contingencia de la vejez, también es cierto, que si existen pronunciamientos respecto a este asunto por parte de instrumentos internacionales, enfatizando que del derecho a la pensión ha sido identificado como un derecho adquirido mirado desde la perspectiva del derecho a la propiedad privada por estar incorporado al patrimonio de los individuos en atención a la función social del Estado. Así lo ha reseñado el Consejo de Estado mediante sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, cuando refiere que:

“Ahora bien, conviene señalar que, si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no trae una regulación específica en lo relativo a la seguridad social y particularmente en materia pensional, lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí ha hecho mención respecto de la protección que tal instrumento internacional extiende en esta prestación.

“En efecto, en el caso «Los Cinco Pensionistas» contra Perú, identificó la pensión, vista desde la óptica de un derecho adquirido, dentro del radio del derecho a la propiedad privada, en los términos del artículo 21 de la Convención, por haberse incorporado al patrimonio de las personas, en virtud de la función Social del Estado, que puede enmarcarse dentro de las previsiones del artículo 26 del mismo documento, sobre el compromiso adquirido por los Estados Partes de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Igualmente nos permitimos citar algunos artículos consagrados en normas internacionales que regulan la prohibición de la discriminación y la protección al derecho a la igualdad, lo cual si lo llevamos al tema de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública o pensiones para el personal en general, entendemos que los Estados parte deben propender por la abolición de prácticas que vayan en detrimento o desmejora de este derecho y que por el contrario, el objetivo es garantizar la contingencia de la vejez, es decir, que todo individuo que ha gastado su fuerza laboral al servicio de una entidad y que una vez pierda esa capacidad de trabajo, no quede desprotegido y pueda gozar de una vejez en condiciones dignas. Así tenemos que el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

De otro lado, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se prevé en el artículo 2 que:

"todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."

Así mismo, en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se indica que *"todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se pronunció mediante la Opinión Consultiva No. OC-4/84, señalando lo siguiente:

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (subrayas y negrillas del Despacho)

En igual sentido, mediante Opinión Consultiva No. OC-018/03 la Corte Interamericana precisó que:

"los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias." (Corte I.D.H., 2003)".

Ahora bien, en lo referente a la asignación de retiro de miembros de la Fuerza Pública, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

calculan con base en el salario básico; es necesario a continuación precisar los efectos prestacionales reclamados.

De acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los Soldados Profesionales tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

“Artículo 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 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.*

Parágrafo. *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.*

Artículo 3. Prima de servicio anual. *El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los 15 primeros días del mes de julio de cada año.*

Parágrafo 1. *Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.*

Parágrafo 2. *Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.*

Artículo 4. Prima de vacaciones. *A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.*

Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.

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 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.*

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*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

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

...

Artículo 9. Cesantías. *El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.*

...

Artículo 11. Subsidio familiar. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejados efectos prestacionales y da lugar a que también les sean re liquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

PRIMA DE ANTIGÜEDAD

El decreto 1794 de 2000, dispone sobre la prima de antigüedad, lo siguiente:

Artículo 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%).*

Parágrafo. *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".*

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3. se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

“Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”.

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar orientadas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16. estipuló:

“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 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

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.

(...)

La Ley 923 de 2004 fijó la posibilidad de que los Soldados Profesionales devengaran una asignación de retiro, siendo que, sobre dicha prestación, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las 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 comento, se tiene que los Soldados Profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplan 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, señala que la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. Ahora, sobre el cómputo del salario mensual para efectos de la asignación de retiro, la norma precitada indica:

“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”.

De igual forma, el artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000 señala en su tenor literal:

“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 párrafo 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%)”.

De conformidad con las normas en mención se tiene entonces que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales corresponde al 70% del salario mensual –el cual corresponde al inciso 1° del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000, es decir, un (1) salario mínimo legal mensual vigente



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

incrementado en un cuarenta por ciento (40% del mismo salario)- adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que sobre la suma resultante no procede ningún otro computo porcentual.

Igualmente tenemos que el Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, cuyo magistrado ponente es el Dr. William Hernández Gómez, explicó la forma correcta para liquidar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, e indicó lo siguiente:

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

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

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

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir.

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

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

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

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

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

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

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

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, tenemos que el actor solicita la nulidad del acto administrativo No. 2018-55091 de fecha 30 de mayo de 2018, por medio de la cual CREMIL negó las peticiones solicitadas, y que como consecuencia de ello, se re-liquide i) su asignación de retiro de tal manera que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5 de la prima de antigüedad y ii) que se incluya como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad a la referida asignación de retiro.

Ahora bien, del material probatorio obrante en el plenario se encuentra acreditado que el señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, prestó sus servicios a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

- ARMADA NACIONAL, en los siguientes periodos (fl. 27): i) **Servicio Militar Obligatorio**, del 25 de mayo de 1995 al 18 de noviembre de 1996; ii) **Infante Voluntario**, del 20 de enero de 1999 hasta el 13 de agosto de 2003; iii) **Infante de Marina Profesional** del 14 de agosto de 2003 al 17 de enero de 2018, y estuvo 3 meses de alta – del 17 de enero de 2018 al 17 de abril de 2018.

También se encuentra demostrado que mediante resolución 8467 de 21 de marzo de 2018, al actor se le reconoció asignación de retiro a partir del 17 de abril de 2018 (fl 28-29) y que como partidas computables para la liquidación de la misma solo se le tuvo en cuenta sueldo, prima de antigüedad del 38.5% y subsidio familiar (fl 30).

Así las cosas, de acuerdo a la jurisprudencia citada en el acápite correspondiente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro es necesario **tomar el 70% del salario mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% del 100% del sueldo básico.**

En ese sentido, se encuentra demostrado que CREMIL, a través de la Resolución No. 8467 del 21 de marzo de 2018, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante **a partir del 17 de abril de 2018**, así:

"En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2269 del 30 de Diciembre de 2017) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual más el 60% en los términos del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad (...)"

Sin embargo, se destaca que en la Certificación de Partidas Computables expedida por la entidad accionada (fl. 30) se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico más el 38.5% de la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley.

Es de aclarar que no se discute la no aplicación del artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, sino que la interpretación que realiza CREMIL sobre el mismo no es correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin duda alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implica que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se hace sujeto de una doble afectación: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más favorable al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Por lo tanto, la forma como debió liquidarse la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es la siguiente: **al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante como asignación de retiro.**

Por consiguiente, se ordenará re-liquidar la asignación de retiro del demandante, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, de la siguiente manera: **al salario básico mensual (1 SMLMV incrementado en un 60%) se le aplicará el porcentaje del 70%, y a**





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor.

En este punto, considera el Despacho que se hace imperioso manifestar, que en un número mínimo de las primeras decisiones en las cuales se trató el tema referente a la fórmula para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares de acuerdo al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, al tomarse como referente la interpretación dada sobre dicha norma por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, en los conceptos emitidos por esa entidad, se consideró que la asignación de retiro se liquidaba teniendo en cuenta la suma del salario mensual incrementado en un 60%, más el 38.5% del equivalente a la prima de antigüedad, y a ese resultado se aplica el 70%, para así obtener el monto de la asignación de retiro.

No obstante lo anterior, se modifica la anterior posición, y con sustento en la Jurisprudencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, sobre la fórmula para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares, conforme al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, se considera que la fórmula correcta para liquidar dicha prestación, es la siguiente: al salario básico mensual se le aplicará el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor.

De otro lado, el accionante deprecia la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para determinar la asignación de retiro, frente a esta arista, es menester traer a colación pronunciamiento del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, cuyo magistrado ponente es el Dr. William Hernández Gómez, en el cual manifiesta que:

“Las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el párrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales». [...] Los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. [...] Tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. [...] En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad; ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes". (Subrayas y negrillas del Despacho)

Es de resaltar que el señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, se desempeñó como Infante De Marina Profesional, hasta el 17 de enero de 2018, tal como se puede observar en su hoja de vida, por ende, su régimen pensional se encuentra cobijado por el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, numeral 13.2.

En ese orden de ideas, es preciso acotar que el concepto de la duodécima parte de la prima de navidad pretendido por el actor, como partida computable para tener en cuenta en la liquidación de su pensión de jubilación, no se encuentra incluida en el artículo 13, numeral 13.2., del decreto 4433 de 2004. Dicho de otra forma, debido a que el accionante está sujeto a un régimen especial, solo se puede tener en cuenta para el cómputo de su mesada pensional, los conceptos de sueldo básico, subsidio familiar en un 30% y prima de antigüedad, tal como lo establecen las normas ya citadas.

En ese sentido, al contrario de lo dicho por la parte accionante en lo atinente a este punto, el Despacho colige que no existe ningún trato desigual al respecto, puesto que los valores que son tomados en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro son los mismos que sirvieron de base para efectuar aportes. Obsérvese que el artículo 18 del decreto 4433 de 2004 dispone que:

"Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

(...)18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%) (...)" (Negrillas del Despacho)

Es claro entonces que para efectos de aportes solo se tuvieron en cuenta durante toda la vida en servicio activo del actor, lo correspondiente a salario y prima de antigüedad, razón por la cual le asiste razón a CREMIL que al momento de liquidar la asignación de retiro del señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, solo le sean tenidos como partidas computables, los conceptos de salario y prima de antigüedad.

Planteadas así las cosas, el Despacho NO accederá a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad dentro de las partidas computables para liquidar la asignación del retiro del accionante.

Excepción de prescripción de derechos. En el caso que hoy nos ocupa no habrá lugar a la prosperidad de esta exceptiva como quiera que la asignación de retiro se concedió a partir del 17 de abril de 2018 y la solicitud de reliquidación se efectuó el 17 de mayo de 2018, por lo tanto, no ha transcurrido el término de prescripción dispuesto en el artículo 43 del decreto 4433 de 2004.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00007-00

que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura. No obstante todo lo anterior, como quiera que en el caso de marras las pretensiones se concederán de manera parcial, no habrá lugar a condena en costas.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 8467 del 21 de marzo de 2018, por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro del señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD ABSOLUTA del acto administrativo No. 2018-55091 de fecha 30 de mayo de 2018, por medio de la cual CREMIL negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del actor, de acuerdo a lo explicado en las consideraciones de este proveído

TERCERO: Como restablecimiento del derecho, ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), que re-liquide y pague la asignación de retiro del señor NELSON LIZARAZO VILLABONA, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es decir, aplicando la fórmula:

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

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 187, 189, 192 y 193 del CPACA.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas

SEPTIMO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

¹ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

