



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
TUNJA

Tunja, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

DEMANDANTE: **CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ**

DEMANDADO: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

RADICACIÓN: 150013333001 **2018-00182 00**

I. MEDIO DE CONTROL

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado, mediante apoderado, por el señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL¹.

II. SÍNTESIS DEL CASO

Se pretende la nulidad del oficio No. 2017-53484 del 04 de septiembre de 2017, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, en adelante CREMIL, negó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta la prima de antigüedad (art. 16 del Decreto 4433 de 2004) y la duodécima parte de la prima de navidad.

III. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Que se declare la nulidad del acto administrativo **No.2017-53484 de 4 de septiembre de 2017**, expedido por CREMIL, por medio del cual le fue negado el reajuste de la asignación de retiro al actor teniendo en cuenta i) el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que señala que al 70% de asignación básica se le adicione 38.5% de la prima de antigüedad y II) inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

¹ Fl. 1.

A título de restablecimiento, solicita que se ordene a la demandada a reajustar la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el art. 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. Igualmente, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del demandante con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Se condene el pago indexado de las sumas reconocidas, al pago de intereses moratorios sobre las sumas de dinero dejadas de pagar desde que se causó el derecho a la asignación de retiro a partir de la ejecutoria de la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. y el pago de cosas procesales y agencias en derecho (fls. 2 y 3).

2.- Fundamentos Fácticos

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Que el señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional. Una vez terminó el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

Que a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

Que cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la entidad demandada, mediante Resolución N°5499 del 07 de julio de 2017, le reconoció asignación de retiro.

Que presentó solicitud el 24 de agosto de 2017, radicado N°20170073496, ante CREMIL le tuviera como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Que la anterior solicitud le fue negada mediante acto administrativo del 04 de septiembre de 2017 (fl. 3 y 4).

3.- Normas violadas y concepto de violación.

El apoderado del demandante indicó como fundamento de sus pretensiones:

- Constitucionales: preámbulo y artículos 1, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.

- Legales artículos 2 de la Ley 923 de 2004; 5 Ley 131 de 1985; 13 y 16 del decreto 4433 de 2004; 5 y 16 del Decreto 1794 del 2000.

En síntesis, como concepto de violación afirmó que la entidad demandada vulneró los principios fundamentales del Estado Social de Derecho al negar el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de navidad y prima de antigüedad.

Afirmó que desde que le fue reconocida su asignación de retiro, ha sido liquidada sobre la sumatoria de la asignación básica y el treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) de prima de antigüedad, y al monto resultante le aplica el 70, lo que considera que se presenta una doble afectación la partida prima de antigüedad, por lo que hace una incorrecta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Citó providencia del 10 de mayo de 2018 del Consejo de Estado, Expediente: 19001-23-33-000-2014-00128-01, C. P.: William Hernández Gómez.

Consideró que CREMIL está dando un tratamiento desigual en la liquidación de las asignaciones de retiro, sustentado en la aplicación de las disposiciones consignadas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, que rigen el ordenamiento pensional para los integrantes de la Fuerza Pública, como quiera que la partida Duodécima parte de la prima de navidad es una prestación que en actividad devengan todos los miembros de la Fuerza Pública, por lo tanto no se entiende como para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles que prestan sus servicios al Ministerio de Defensa sí se les tiene en cuenta en la liquidación de sus pensiones mientras que a los soldados profesionales no.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL** (fls.43 a 52) manifestó que mediante Resolución No. 5499 de 07 de julio de 2017 le fue reconocida una asignación mensual de retiro al soldado profesional (R) CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a lo señalado en su hoja de servicios.

Refirió que según lo dispuesto en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad.

Agregó que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, existe una prohibición expresa a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS

MILITARES para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la ley.

Señaló que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de la prima de navidad dentro de las partidas computables para 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 tanto y en gracia de discusión, el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde modifique una información careciendo de competencia para ello. Agregó que en el evento que en la hoja de servicios estableciera porcentaje alguno por concepto de prima de servicios, no es posible su reconocimiento en tanto el legislador no la contempló para tales efectos.

Propuso como excepciones *“Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la Prima de Navidad, en la Asignación de Retiro”*; *“Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes”*; *“No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”*; *“No configuración de causal de nulidad”* y *“Ausencia de vulneración de derecho a la igualdad”*.

V. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 06 de noviembre de 2018 ante la Oficina de Servicios para los Juzgados Administrativos de Tunja, correspondiéndole su trámite a este despacho (fl.21 y 33).

La demanda fue admitida mediante auto de fecha **29 de noviembre de 2018** (fls.35 y 36).

Por auto del **27 de junio de 2019**, se fijó fecha a fin de realizar audiencia inicial, para el día 28 de agosto del mismo año (fl. 102).

La audiencia inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas de oficio, y se fijó fecha para la audiencia de pruebas para el día 08 de octubre de 2019 (fl. 104-109 y CD visto a folio 110).

Se llevó a cabo audiencia de pruebas, durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls.135, 136 y CD visto a folio 137).

VI. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

1. Excepciones previas (Artículo 180-6 CPACA)

En el asunto sub examine en los folios 105 y 106 (audiencia inicial), se observa que la entidad demandada propuso las excepciones denominadas “Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la Prima de Navidad, en la Asignación de Retiro”; “Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes”; “No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”; “No configuración de causal de nulidad” y “Ausencia de vulneración de derecho a la igualdad”. Frente a las cuales se indicó que se analizaría el fondo del asunto.

Respecto a las propuestas por la Nación - Ministerio de Defensa Nación, prosperó la falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha entidad.

Contra las decisiones adoptadas en esta etapa del proceso no se presentaron recursos (fl. 106 anverso).

2. Fijación del litigio (Artículo 180-7 CPACA)

En el presente caso a folio 108 y CD visto a folio 110 en la audiencia inicial, se fijó el litigio respecto al problema jurídico en los siguientes términos:

*“(...) determinar si el señor **CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ** tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión en la base de liquidación una doceava parte de la prima de navidad y si al 70% debe aplicarse sobre la asignación básica solamente, o sobre la suma de esta y del 38.5% de la prima de antigüedad.”*

De dicha decisión quedaron notificadas las partes en estrados, no se presentaron recursos.

VII. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES FINALES

1. Audiencia de Pruebas.

El 08 de octubre de 2019 se surtió la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, con el fin de recaudar las pruebas decretadas en audiencia inicial.

2. Alegatos de conclusión.

2.1. La parte demandante, reiteró los argumentos de la demanda e indicó que el hecho que la entidad demandada no tenga en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales la prima

de navidad constituye una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales y una vulneración al principio de igualdad (fls. 138-147).

2.2. La parte demandada, guardó silencio.

2.3 El agente del Ministerio Público no se pronunció.

VIII. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA, los jueces administrativos son competentes para conocer en primera instancia de controversias que se susciten con ocasión al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en los que se controviertan actos administrativos, cuando su cuantía no exceda cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si al señor **CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ** tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión en la base de liquidación una doceava parte de la prima de navidad y reajustar la asignación de retiro y pagar la diferencia que resulte de aplicar en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

3. De las excepciones.

En relación a las excepciones denominadas *“INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO”*; *“LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES”*; *“NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES”*; *“NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD”* Y *“AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHO A LA IGUALDAD”* el Despacho se pronunciara más adelante.

4. Análisis Probatorio

Antes de realizar la descripción puntual del material probatorio recaudado en el proceso, es menester recordar algunas reglas que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha elaborado respecto a las formalidades y

valoración de los elementos de convicción en los procesos de competencia de esta jurisdicción.

En cuanto a la valoración de los documentos aportados en copia simple, el artículo 246 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”

En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en tal condición, dado que los antecedentes procesales revelan que no existe controversia entre los justiciables respecto a este tópico.

5. Relación de los medios de prueba relevantes.

Obran en el expediente los siguientes medios de prueba documentales:

- Mediante Resolución No. 5499 del 07 de julio de 2017 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció una asignación de retiro al señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ, efectiva a partir del 31 de agosto de 2017 (fl. 30 y 31).
- Según hoja de servicios No. 3-3132157 de 02 de junio de 2017, expedida por el Ejército Nacional, la asignación de retiro del Soldado Profesional CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ fue liquidada con las partidas computables de sueldo, bonificación orden público soldado, prima de antigüedad y subsidio familiar. (fl. 28 y 29).
- Que el demandante fue incorporado como soldado Regular del 15 de diciembre de 1995 al 12 de junio de 1994; como soldado voluntario al Ejército Nacional del 10 de julio de 1998 al 31 de octubre de 2003 y como soldado profesional del 01 de noviembre de 2003 al 31 de mayo de 2017; como se advierte del hecho tres del libelo y la hoja de servicios No. 3-3132157 visible a folio 28 de las diligencias fue promovido como soldado profesional el 01 de noviembre de 2003.
- Según complemento hoja de servicios No 3-3132157 de 08 de septiembre de 2017 visible a folios 93 y 94 (expedida por la Dirección de Personal de las Fuerzas Militares) al señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ; como partidas computables de acuerdo a la sentencia C.E. le fueron incluidas: salario básico + 60% valor el valor de \$1.180.347, prima

de antigüedad 38.5% la suma de \$454.434 y subsidio familiar el valor de \$221.315.

- A través de petición radicada el 24 de agosto de 2017, el señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión de una duodécima parte de la prima de navidad y un 38,5% de la prima de antigüedad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro (fls. 22-24).

- Oficio No. 690 de 4 de septiembre de 2017 con consecutivo 2017-53484, por medio del cual la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante (fls. 25, 26, 95 y 96).

- Mediante Resolución No. 214 del 18 de enero de 2018 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó un incremento del 20% de la asignación de retiro al señor CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ, efectiva a partir del 31 de agosto de 2017 (fls. 129 a 133).

- Certificado de partidas computables No. 380 CREMIL 20427247, expedido por la Coordinadora grupo Centro Integral Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fl. 127).

6. Marco normativo de los soldados profesionales

6.1. Prima de navidad.

La prima de navidad se encuentra establecida dentro del régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto 1794 de 2000, específicamente en el artículo 5º, donde se señala:

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

(...).”

Conforme a la normativa anterior, la prima de navidad fue establecida como factor salarial para los soldados profesionales que se encontraran en servicio activo.

Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004², por medio del cual se fijó el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, concretamente el emolumento de la prima de navidad fue establecido en el artículo 5º ibídem, que señala:

² “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

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

(...).”

Los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004 establecen las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, así:

“ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 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.”

“ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual

de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

El marco normativo hasta aquí expuesto, consagra que los soldados profesionales en servicio activo de las fuerzas militares tienen derecho a percibir una prima de navidad, pagadera en el mes de diciembre de cada año. No obstante, dicho emolumento no puede ser tenido en cuenta como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los mismos como si se encuentra establecida como partida en favor del personal de **oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**, en los artículos 158 del Decreto Ley 1211 de 1990³ y numeral 13.1 del artículo 13 del citado Decreto 4433 de 2004.

6.2 Prima de antigüedad en la asignación de retiro

El Decreto 1794 de 2000⁴ señaló en su art. 2º, que 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 (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) mas, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) y en el parágrafo indico que aquellos soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaron su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serían incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses y que 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.

Por otra parte, el numeral 13.2. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció las partidas computables para la liquidación de la **asignación de retiro** de los Soldados Profesionales, así: “*Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000 y*

³ ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

⁴ “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*”

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

A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, contempla que los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

6.3. Reglas jurisprudenciales

Como se desprende del problema jurídico que nos ocupa la controversia gira en torno a la **inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, al realizar el cálculo base para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y en cuanto a la liquidación de la asignación de retiro conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004**, sobre dicha discusión recientemente se pronunció el Consejo de Estado⁵ fijando las reglas de unificación en los siguientes términos:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

- 1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. 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.*
- 1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*
- 2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%⁶ para quienes al momento de su retiro estén*

⁵CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁷ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. **La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.**

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁷ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

La misma sentencia de unificación respecto a la **duodécima parte de la prima de navidad**, anotó que de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ésta hace parte de las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, **pero no para los soldados profesionales.**

Sobre la mentada discusión – **prima de navidad**, ya se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 27 de junio de 2019 con ponencia de la Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, expediente 15001 3333 011 2018 00060-01, señalando:

*“...El numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de **soldados profesionales** prevé como partidas computables “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.”*

*Es claro entonces que conforme a la ley y al criterio vertido en la sentencia de unificación antes citada, la actora **no tiene derecho a que en su asignación de retiro se compute como partida la doceava de la prima de navidad...**”*

En análogo pronunciamiento, la misma Corporación en sentencia del 12 de junio de 2019 expediente 15238-33-33-002-2017-00174-01 con ponencia del magistrado OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO que concluyó:

*En efecto, en primer lugar se tiene que en la asignación de retiro del Soldado Profesional **únicamente** se debe incluir las partidas expresamente enlistadas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, partidas que en efecto, fueron incluidas al expedirse la Resolución No. 185 de 31 de enero de 2012 por parte de CREMIL que reconoció la asignación de retiro al señor Raúl Pinzón Blanco.*

*En segundo lugar, si bien el aquí demandante como Soldado Profesional en **servicio activo devengó la prima de navidad** en los términos del artículo 54 del Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que dicha norma no dispuso que tal prestación debía incluirse en la liquidación de la asignación de retiro, aunado a que de acuerdo con la certificación expedida por el Ejército Nacional sobre el valor de la prima de navidad devengada por el señor Raúl Pinzón Blanco, no se evidencia que se hayan realizado aportes o cotizaciones.*

*Así la cosas, concluye la Sala que en aplicación de la regla de unificación fijada por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019, en punto a las partidas a incluir en la asignación de retiro de los soldados profesionales, el demandante Raúl Pinzón Blanco **no le asiste el derecho a que se le incluya la prima de navidad en la asignación de retiro**, razón por la cual se revocará la sentencia 28 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda...”*

Ahora bien, respecto de la aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sobre dicha discusión ya se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 21 de febrero de 2018 con ponencia del Doctor LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, expediente 2015-00062, en dicha ocasión indicó:

“Que para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 así: “En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4919 de 2011) Indicando en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000). Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5) de la prima de antigüedad” es decir al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del señor Alirio Cruz Moreno, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme el acto administrativo demandado Oficio No. 2013-55939 del 28 de septiembre de 2013...
(...)

La inconformidad de la parte actora es con la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues a su juicio el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario...

*Para la Sala le asiste razón al demandante, pues el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, claramente establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, **"adicionado"** con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpreto la entidad, de donde entonces resulta evidente que se le causo una afectación a los derechos del señor Alirio Cruz Moreno”*

Puede concluirse sin hesitación 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.

Siguiendo ese precedente, por demás vinculante para este juzgador, el Despacho resolverá el caso concreto de acuerdo con las subreglas interpretativas aplicables al mismo y que resultan de obligatorio acatamiento.

6.4. Caso en concreto

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que a través de la Resolución No. 5499 del 07 de julio de 2017 (fl. 30 y 31) la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro al Soldado profesional CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ efectiva a partir

del 31 de agosto de 2017, en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

El Despacho concluye que de acuerdo al contenido del Oficio No. 690 consecutivo 2017-53484 del 04 de septiembre de 2017, al **SLP (R) CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ** la solicitud de reajuste de asignación mensual de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, fue negada atendiendo las reglas jurisprudenciales invocadas con antelación pues, si bien tal y como lo mencionó la parte actora, el demandante como Soldado Profesional en servicio activo devengó dicha prima de navidad es claro que el artículo 54 del Decreto 1794 de 2000, no dispuso que tal prestación debía incluirse en la liquidación de la asignación de retiro.

Así las cosas, en aplicación de la regla de unificación fijada por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019, al demandante no le asiste el derecho a que se le incluya la prima de navidad en la asignación de retiro, por lo que el Despacho **negará parcialmente** las pretensiones de la demanda.

Respecto pretensión sobre la liquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el 70% del salario básico más el 38.5% de la prima de antigüedad, se advierte lo siguiente: tal como aparece consignado en el complemento de la Hoja de Servicios (expedida por la Dirección de Personal de las Fuerzas Militares) del 28 de agosto y 08 de septiembre de 2017 visible a folios 93, 94, 99 y 128 del expediente, el señor **CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ** prestó sus servicios en el Ejército Nacional de la siguiente manera: como Soldado Regular del 15 de diciembre de 1995 al 12 de junio de 1997; como soldado voluntario del 10 de julio de 1998 al 31 de octubre de 2003 y como **soldado profesional del 01 de noviembre de 2003** al 31 de mayo de 2017, es decir, por un periodo superior a 20 años; como partidas computables de acuerdo con la sentencia C.E. le fueron incluidas: salario básico + 60% valor el valor de \$1.180.347, prima de antigüedad 38.5% la suma de \$454.434 y subsidio familiar el valor de \$221.315.

Según dicha liquidación el valor de la prima de antigüedad es el correcto, pero no se allegó prueba de que dicha suma la entidad demandada la esté pagando por nómina, por el contrario, según el certificado de partidas computables No. 380 CREMIL 20427247 del 10 de setiembre de 2019, expedido por la Coordinadora Grupo Centro Integral Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares visto a folio 127, la manera en que se efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, es la siguiente:

SUELDO	SMMLV+60%	\$1.324.986,00
--------	-----------	----------------

PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		70%
SUBTOTAL		\$927.490,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	(SB*70%*38.5%)	\$357.083,73
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.284.574,00

Advierte el despacho que para sacar el porcentaje de la prima de antigüedad se tomó un salario que no corresponde al año 2017, y la liquidación no concuerda con la norma y jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme el Decreto No. 4433 del 2004 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril del 2019, es la siguiente: al salario básico mensual (1 SMLMV incrementado en un 60%), 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 accionante como asignación de retiro junto con el subsidio familiar; y no como lo expone la entidad en la contestación de la demanda en la que se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad (fl.44), con lo cual se desconoció la ley.

La asignación de retiro corresponde al valor de **\$1.501.991**, según la liquidación realizada por el Despacho a la fecha de reconocimiento así:

Salario básico año 2017	\$737.717,00
Incremento 60%	\$442.630,20
Salario básico año 2017 + incremento 60%	\$1.180.347,20
70% Salario (subtotal)	\$826.243,04
Prima de antigüedad 38,5%	\$454.433,67
Subsidio familiar	\$221.315,00
VALOR TOTAL	\$1.501.991,71

Razón por la cual se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado en relación con la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro del demandante, solo en lo que tiene que ver con la prima de antigüedad, partida que deberá liquidarse conforme a lo expuesto en precedencia.

Las sumas que resulten a favor del demandante deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la fórmula establecida por el Consejo de Estado para estas controversias. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará mes a mes, para cada asignación salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento

de la causación de cada uno de ellos. Esta fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, y en adelante se pagarán los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., además de lo previsto en el artículo 192 ibídem. Así mismo realizar los respectivos descuentos por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Finalmente, este estrado judicial agrega que en lo referente al argumento sobre el derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares la sentencia de unificación base para el caso en estudio determinó que no existe afectación de dicho principio dado que:

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

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

De la prescripción reajuste de mesadas

Frente al tema de la prescripción, se advierte que el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, establece que los derechos salariales y prestacionales prescriben al cabo de **cuatro años**⁸, mientras que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 43 señala, que es de **tres años**⁹. Al

⁸ Enuncia la norma en cita: ...“ARTICULO 113. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles (...)”.

⁹ “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”.

respecto, el H. Consejo de Estado en providencias del 26 de marzo de 2009, expediente No. 2329-08, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y del 4 de marzo de 2010, Radicación No. 0474-09, CP. Luis Rafael Vergara Quintero, entre otras, ha precisado que mal haría en aplicarse el término de prescripción trienal establecido en el Decreto 4433 de 2004, toda vez que el Presidente de la República so pretexto de reglamentar una ley se excedió fijado el término prescriptivo, motivo por el cual los derechos laborales y prestacionales solicitados en el presente asunto prescriben en **cuatro años**, que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles, norma ésta aplicable en el caso que se estudia, por ser la que estableció el régimen especial y exceptivo que cubre a los empleados de la fuerza pública, y específicamente sus derechos laborales.

Ahora bien, al demandante se le reconoció la asignación de retiro, mediante Resolución No. 5499 de 07 de julio de 2017 con efectos fiscales a partir del **31 de agosto de 2017**, notificada el 03 agosto del mismo año (fls. 66 y 67), motivo por el cual contaba hasta el **03 de agosto de 2021** para presentar la solicitud de reliquidación de su asignación de retiro, evento que ocurrió el **24 de agosto de 2017**(fl. 22-24) y dado que la demanda fue presentada el 06 de noviembre de 2018 (fl.33) no hay lugar a declarar la prescripción de los derechos laborales.

7- Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado¹⁰, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

IX. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

X. FALLA:

PRIMERO. se declara no probada la excepción de prescripción alegada por el apoderado de la entidad demandada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁰ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 7001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

SEGUNDO. Se declara la nulidad parcial del oficio **No.690 con consecutivo 2017-53484 del 04 de septiembre de 2017**, por medio del cual LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, **negó** la reliquidación de la asignación de retiro del demandante en cuanto a forma aplicada para la liquidación de la prima de antigüedad, conforme a las consideraciones plasmadas en precedencia.

TERCERO. A título de **restablecimiento del derecho**, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL deberá reliquidar y pagar las diferencias causadas de la asignación de retiro devengada por el Soldado Profesional (R) del Ejército **CARLOS ALBERTO VALDÉS HERNÁNDEZ**, con efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2017, descontando las sumas que hayan sido pagadas.

Sobre el reajuste de la asignación de retiro ordenada, CREMIL 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, en virtud de ésta sentencia.

CUARTO. Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R=Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

QUINTO. **Negar** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Sin condena en costas.

SÉPTIMO. LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO. Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor y expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera

copia y prestar merito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 del C. G. P. aplicable expresa remisión del art. 306 del C.P.A.C.A. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**AUGUSTO LLANOS RUIZ
JUEZ**

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 150013333001201800182-00

Firmado Por:

**AUGUSTO LLANOS RUIZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

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

Código de verificación: **84b9f387bf3342156038f3f4f5f2a2f8acd298b601eb3e4c994eca45d27c12f8**
Documento generado en 11/08/2020 02:05:08 p.m.