



Rama Judicial del Poder Publico  
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico  
**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

Barranquilla, D.E.I.P., catorce (14) de diciembre de 2021.

|                  |   |
|------------------|---|
| Radicado         | 08-001-3333-006- <b>2019-00172</b> -00            |
| Medio de control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho            |
| Demandante       | Édgar Enrique Cogollo Doria                       |
| Demandado        | Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL. |
| Juez             | Lilia Yaneth Álvarez Quiroz                       |

**I.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por el señor Édgar Enrique Cogollo Doria, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

**II.- ANTECEDENTES**

**2.1 Pretensiones.**

El accionante solicitó de esta jurisdicción las siguientes (se transcribe):

***“1) Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo N° 2016 - 79086 de fecha 30 de noviembre de 2016 mediante los cuales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó las siguientes peticiones:***

***a.- La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante; dándole correcta aplicación al artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.***

***b.- La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.***

***2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a[sic]:***

***A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38,5 de la prima de antigüedad.***

***A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro, establecida en el artículo 5° del Decreto 1794 de 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13.1.8 del decreto 4433 de 2004.***

***3) Que, en virtud de las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mí representado, año por año, a partir de su***

reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.

4) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.

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

6) Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.”.

## 2.2 Hechos

La demanda se fundamenta en los siguientes:

Asegura que el señor Édgar Enrique Cogollo Doria, prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional; que una vez terminado el periodo obligatorio reglamentario y de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985, fue incorporado como soldado voluntario a las filas de ese Cuerpo Militar. Posteriormente, desde el 1º de noviembre de 2003 y por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Advierte que, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante **Resolución N° 3650 de fecha 06 de mayo de 2015**, le reconoció la respectiva asignación de retiro. Seguidamente, en fecha 10 de noviembre de 2016 y con radicado **N° 20160096700**, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el cual solicitó “que se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004”.

Afirma que el 30 de noviembre de 2016, y mediante acto administrativo **N° 2016 - 79086** la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición elevado por el actor, en el cual denegó las peticiones de éste, con lo cual se considera agotada de esta forma la actuación en vía administrativa, como requisito previo de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

## 2.3 Fundamentos de Derecho Normas violadas y el concepto de violación

El actor señaló como violadas las siguientes normas:

Constitución política 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

Decreto 4433 de 2004; artículo 16 y 13,1,8

Advierte que el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38,5%) correspondiente a la prima de antigüedad.

Comenta que, desde el reconocimiento de la Asignación de retiro del reclamante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquidó la prestación periódica, tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante se le aplica el 70%, liquidando de esta forma la mesada a cancelar.

Asegura que el régimen jurídico estableció en el artículo 5° del Decreto 1794 la prima de navidad para los soldados profesionales, que al actor le fue reconocida y pagada todos los años como soldado activo en las FF.MM. en el mes de diciembre dicho emolumento, situación que se dio hasta el retiro del militar la institución castrense.

Señala que, de conformidad a lo establecido en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, la prima de navidad se tendrá en cuenta como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro; empero, que para el caso del actor, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL en la liquidación de la asignación de retiro no le incluyó como partida computable al actor, la prima de navidad sin que para ello “*exista fundamento jurídico o fáctico para su exclusión.*”

#### **2.4 De la contestación de la demanda.**

El apoderado de la entidad demandada, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contestó la demanda y manifestó que la entidad, reconoció asignación de retiro al soldado profesional (R) Édgar Enrique Cogollo Doria, mediante Resolución No. **3650 de 6 de mayo de 2015**, a partir del 26 de abril de 2015, por haber acreditado un tiempo de servicio de 21 años, 3 meses y 27 días.

Sostiene que el reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo con la hoja de servicios militares del actor, ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 234 y 235 del Decreto - Ley 1211 de 1990.

Señala que, de conformidad con la norma, la prima de antigüedad, debe reconocerse con la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico, con el incremento en el 38,5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad, por lo que, estima la encausada, el reajuste del 20% reclamado por el demandante ya fue reconocido por CREMIL.

Considera que para el caso se configura la inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional, en tanto que esa partida se estipuló para los oficiales y suboficiales,

en consecuencia, no liquidó esa partida en la asignación del actor que, en su servicio activo para la Fuerza, detentó el rango de soldado profesional.

Así mismo sostiene, que, para efecto de calcular la prestación económica en reclamo, han de tenerse en cuenta las fechas de presentación del derecho de petición, para establecer la prescripción cuatrienal o trienal, *según corresponda con los decretos en cuestión*.

Con relación a lo manifestado por el actor en lo que atañe al derecho de igualdad, señala CREMIL que para el caso no hay ninguna vulneración, por entender que el Legislador que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, según los rangos del personal militar de las Fuerzas Militares, por lo que considera que tampoco se configuran las causales invocadas de falsa de motivación, y por ende, la de nulidad de las actuaciones administrativas demandadas.

## **2.5.- Actuación procesal**

La demanda fue presentada el día 15 de julio de 2019, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos y repartida a este despacho, siendo admitida mediante auto de 20 de agosto de 2019, ordenando su notificación a todos los sujetos procesales (folios 1-11 del archivo 5 del expediente digital).

Mediante auto de 12 de noviembre de 2020<sup>1</sup>, se incorporaron las pruebas aportadas al expediente y se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión, para luego pasar el expediente al Despacho para dictar sentencia anticipada, en tanto que no había pruebas que decretar o valorar, ello en acatamiento a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, norma vigente para ese entonces.

## **2.6.- Alegatos**

### **2.6.1.- Parte demandante.**

El apoderado de la parte demandante manifiesta que la presente demanda, es para obtener la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para el cómputo de la prima antigüedad, y la inclusión como partida computable de la misma, a la prima de navidad.

Expresa que, en el presente caso para el demandante se le cancele la asignación mensual de retiro del 70% de lo devengado, adicionado con el 38.5% de lo devengado como prima de antigüedad, tal como dicen las normas aplicables y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, empero, para el caso del actor, la entidad accionada CREMIL, aplicó para el cálculo de la asignación de retiro el 70% de la asignación básica devengada en servicio activo más la prima de antigüedad de la que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo cual, considera, va en contravía de la norma en cita, en tanto que dicha norma no ordena que a la precitada prima se le pague al 70%, como viene haciendo el ente accionado.

Explica que:

*“(...)Como se encuentra documentado en la Demanda, mi poderdante devengaba la partida de prima de antigüedad en un porcentaje del **58,5%** hasta el momento de su retiro y al liquidarle su asignación de retiro esta fue*

---

<sup>1</sup> Archivo 10 de expediente digitalizado y archivos 12, 13 14 y 15 respectivamente.

*reducida a un **38,5%**, y si se le aplica el **70%** a la mencionada partida, tal como lo viene haciendo la Caja de Retiro esta prestación quedaría reducida a un **26%** de la asignación básica generándose con ello una doble afectación”.*

Itera el actor que lo que se busca es que se dé aplicación correcta a lo enunciado por las normas en cita y que no continúe el menoscabo de la asignación de retiro del actor, que ve menguado el único medio de sustento con que cuenta para su subsistencia, que es la asignación de retiro.

En lo atinente a la prima de navidad, para los soldados voluntarios, indica que fue creada por el legislador en la Ley 131 de 1985, artículo 5, la cual fue percibida por su prohijado hasta su paso a soldado profesional.

Relata que hubo un desmejoramiento en el monto a cancelar como prima de navidad, toda vez que el artículo 5º de la Ley 131 habla de una prima de navidad, equivalente a la totalidad de lo que recibía en el mes de noviembre del respectivo año, y en el artículo 5º del Decreto 1794 se habla del 50% del salario básica más la prima de antigüedad.

Señala que la prima de navidad es tenida en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los integrantes de la fuerza pública, pero no para los soldados profesionales de forma inexplicable, vulnerando con esto el derecho a la igualdad, y transgrede el principio de la progresividad, al haber un desmejoramiento salarial, por lo que finalmente solicita que se accedan a las pretensiones de la demanda.

## **2.6.2.- Parte demandada.**

Por su parte, el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL sostiene que la decisión administrativa demandada es legal, en tanto que para calcular la asignación de retiro del accionante e insiste que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 deberá interpretarse, en lo que atañe a la asignación de retiro para soldados profesionales, se debe aplicar lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir un salario mínimo mensual vigente incrementado un 40% y no lo que el demandante solicita que es la aplicación del inciso segundo del citado artículo.

Sobre lo solicitado por el actor, sostiene la Caja de Retiro que

*“(...) 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) X 70% = Asignación de Retiro”*

Añade que en lo que respecta a la prima de antigüedad, señala que la normatividad aplicada e interpretada, según la jurisprudencia de la Máxima Instancia de lo Contencioso Administrativo ha establecido que el cálculo de esta prestación así:

*(Salario X 70%) + (Salario X 38.5%) = Asignación de Retiro*

En ese orden, precisa que las decisiones administrativas demandadas gozan de plena legalidad, razón por la cual insiste en que se desestimen las súplicas de la demanda.

## **2.7. Ministerio Público.**

El Ministerio Público no rindió concepto.

### III. Control de legalidad

En ejercicio del control de legalidad, consagrado en el artículo 207 de ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, el despacho advierte, una vez examinado el expediente, que no existen irregularidades que deban ser subsanadas o que impida dictar sentencia, en consecuencia, se declararán saneadas todas las actuaciones surtidas hasta este momento procesal.

### IV. Consideraciones

#### 4.1.- Problema Jurídico

El problema jurídico a dilucidar en el presente caso, radica en determinar si hay lugar o no a decretar la nulidad parcial del acto administrativo contenido el oficio No. **2016- 79086 de 30 de noviembre de 2016**, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, y como consecuencia de la nulidad, determinar si el actor tiene derecho a que se le reliquide la asignación de retiro tomando como base la fórmula establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Así mismo, corresponde determinar si hay lugar a la inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, y como consecuencia de ello, se reliquide dicha asignación, reajuste que deberá ser año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, suma que deberá estar debidamente indexada, además del pago de intereses moratorios, gastos y costas procesales.

#### 4.2. Tesis del Despacho.

El demandante, tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada y pagada por CREMIL, teniendo en cuenta con la correcta liquidación de la prima de antigüedad conforme al artículo 16º del Decreto 4433 de 2004.

En lo atinente a incluir como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, el Despacho denegará lo solicitado, por no tener derecho a ella, al no estar enlistada dentro de los factores salariales que se deben tener en cuenta para la asignación de retiro.

#### 4.3. Marco normativo y jurisprudencial.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la asignación de retiro para los soldados profesionales:

*“(…) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con*

---

<sup>2</sup> **Artículo 207 del C.P.A.C.A.** Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes”

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". (Resalta el Juzgado)

De lo anterior se advierte, que el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales debe determinarse tomando el 70% del salario básico mensual y a está se le debe adicionar el 38,5% de la prima de antigüedad estimada está del 100% del salario básico, más otros los factores.

Al respecto la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda del 25 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, en la cual se precisó la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, de la siguiente manera:

*"La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, **mientras CREMIL estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada<sup>3</sup>, el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual<sup>4</sup>. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad<sup>5</sup>."***

(...)

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<sup>6</sup>.**

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.

<sup>3</sup> Asignación de retiro = (salario + prima de antigüedad) / 70%.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

<sup>5</sup> Asignación de retiro = (salario\*70%) + prima de antigüedad.

<sup>6</sup> Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

(Resalta el Despacho)

Luego de las anteriores consideraciones, la sentencia que unificó Jurisprudencia de la siguiente manera:

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

**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:**

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

**(...)” (Negrilla fuera del texto)**

Ahora bien, una vez establecida la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, procederemos a revisar lo atinente a la aplicación para la liquidación de la asignación de retiro de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.

Al respecto, se observa que el Decreto 2157 del 8 de agosto de 1985, en su artículo 3º, estableció:

**“Artículo 3º. El personal de soldados voluntarios devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.”**

Posteriormente se dictó la Ley 13 de 1985, “Por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario” que dispuso:

**“Artículo 4: El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero, o Suboficial Técnico Cuarto”**

A través de lo anterior, se estableció el servicio militar voluntario para quienes, habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifestaran su deseo, y fueran aceptado en éste, disponiendo una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%.

Por lo que, en el año 2000, se expidió el Decreto 1793, “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, el cual señaló:

**“Artículo 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas. (...)**



**Radicación No.: 08001-3333-006-2019-00172-00**  
**Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
**Demandante: Javier Enrique Cogollo Doria**  
**Demandado: Nación – Ministerio de Defensa - CREMIL**

*“Artículo 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá el régimen salarial y el prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.*

*(...)*

*“Artículo 42. AMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.”*

Es decir, que el Gobierno Nacional expediría el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, sin poder desmejorar los derechos adquiridos, y este se aplicaría tanto a los soldados voluntarios como a los nuevos soldados profesionales.

Fue así como en virtud a lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, se expidió el Decreto 1794 de 2000, y en su artículo 1º estableció:

*“ARTÍCULO 1, ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta (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%) (...).”*

Es decir que según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, la asignación salarial mensual para los soldados profesionales es de un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta (40%) del mismo salario; no obstante, el inciso 2º de la misma codificación, precisó que, sin perjuicio de la asignación salarial dispuesta para los soldados profesionales que se vinculen en vigencia de dicho Decreto, quienes al 31 de diciembre de 2000, se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Lo anterior también fue regulado en la sentencia de unificación arriba citada, del 25 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado doctor William Hernández Gómez, que al respecto dijo:

*“220. En conclusión, 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% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.*

*221. 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%. (...).”*

Por el otro lado, respecto a la prima de navidad, y su reconocimiento para los soldados profesionales del Ejército Nacional, tenemos que esta fue instituida expresamente dentro del régimen salarial contenida en el Decreto 1794 de 2000, bajo los siguientes términos:

**“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.

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

Esta prima fue constituida a favor del soldado profesional en actividad, pero dicho factor no fue tenido en cuenta para determinar la base de liquidación de la asignación de retiro.

En efecto, los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, definieron las partidas así:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

**PARÁGRAFO.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

(...)

**“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.”

Se observa que el Decreto 4433 de 2004, excluyó la prima de navidad como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, a pesar que la misma sí constituye partida computable para los oficiales y suboficiales.

Lo anterior en principio conllevaría una vulneración al derecho a la igualdad; no obstante, en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, antes transcrita, del 25 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández, se precisó la forma en que debe

liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales, luego de estudiar los principios laborales de favorabilidad, progresividad, e igualdad, adoptó la taxatividad privilegiando la potestad reglamentaria del legislador, y en razón de dicho análisis la prima de navidad, quedó expresamente excluida como partida para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en dicho estudio se indicó:

“(…)

68. En lo que respecta a la **duodécima parte de la prima de navidad**, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra 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.

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

Estableciendo, la mentada Sentencia de Unificación, que, respecto a las partidas a tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, es de la siguiente manera:

“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%<sup>7</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>8</sup> 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.”

Así las cosas, el Despacho procederá a dar aplicación a lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, que indicó que dichas reglas se deberían aplicar de

<sup>7</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>8</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

#### **4.4. Caso Concreto**

##### **4.4.1 Recaudo Probatorio.**

El despacho encuentra acreditado en la actuación lo siguiente:

- Que el señor Edgar Enrique Cogollo Doria, prestó el servicio militar como soldado regular del Ejército Nacional desde el 1º de agosto de 1993 hasta el 15 de enero de 1995 (Folio 9 cuaderno 3 del expediente digital)
- Que el señor Edgar Enrique Cogollo Doria, prestó el servicio militar como soldado voluntario del Ejército Nacional desde el 17 de agosto de 1995 hasta el 13 de agosto de 2003 (Folio 9 cuaderno 3 del expediente digital)
- Que el señor Edgar Enrique Cogollo Doria, prestó el servicio militar como infante profesional del Ejército Nacional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 26 de enero de 2015 (Folio 9 cuaderno 3 del expediente digital).
- Que el señor Edgar Enrique Cogollo Doria, trabajó a favor de la Armada Nacional por el tiempo de 21 años, 3 meses y 27 días, por lo cual dicha entidad mediante Resolución No. 3650 de 6 de mayo de 2015, le reconoció la asignación de retiro a partir del 26 de abril de 2015, teniendo como partida para su denominación el 70% de su salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el 38,5% por prima de antigüedad. (fl. 26 a 27)
- Que mediante petición de 10 de noviembre de 2016, radicado N° 20160096700, la parte actora solicitó el reajuste de la asignación de retiro en un 20% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad. (Fls. 17 a 19)
- Que CREMIL mediante consecutivo No. 2016-79086 de fecha 30 de noviembre de 2016, no se accedió a lo solicitado con relación al reajuste de la asignación de retiro incrementando las partidas del salario y la prima de antigüedad y reajuste con inclusión de la prima de navidad. (fl. 20 y rv)

Ahora bien, frente a lo probado en el proceso, el marco normativo aplicable a la contención y el precedente jurisprudencial puesto de presente, el despacho arriba a las siguientes conclusiones:

##### **4.4.2. Análisis Crítico de la Pruebas Frente al Marco Jurídico.**

Sobre el primer punto objeto de la presente demanda, el cual está orientado al reajuste de la asignación de retiro, se observa que, al revisar la hoja de vida del demandante, éste se incorporó como soldado profesional a partir del 14 de agosto de 2003, acogiénose al régimen prestacional establecido en el Decreto 1794 de 2000, reconociéndosele la asignación de retiro mediante Resolución No. 3650 de 6 de mayo de 2015.

Así mismo, se avizora que, de conformidad con el certificado de las partidas computables, la entidad demandada tuvo en cuenta para determinar la asignación de retiro, el salario mensual incrementado en un 40%, y no en un 60%, tal como debió haberse incrementado, al haber el demandante sido vinculado al Ejército Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, tal como lo establece el Decreto 1794.

En este orden de ideas, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, que negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante tomando como fundamento el salario mensual, en los términos del Decreto 1794 de 2000, toda vez que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia antes referenciada, el demandante conservó el beneficio salarial de soldado voluntario, por lo cual tenía derecho a que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reajustara su asignación de retiro, teniendo como salario mensual para determinar las partidas computables, el señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; situación consolidada mediante la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Por consiguiente, procede el reajuste de la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo anterior, y descontando los dineros originados por los incrementos y lo correspondiente a la seguridad social.

Por otro lado, en cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica adicionada con el 38,5% de la prima de antigüedad, la parte demandante, establece que la entidad procedió a sumar el salario básico, más el 38,5% de la prima de antigüedad, y sobre el total procedió a determinar el 70% de la asignación de retiro, cuando la liquidación correcta debió haber sido el 70% del salario básico más el 38,5% de la prima de antigüedad.

Sobre este punto, el Despacho, advierte que si bien, la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, encuentra que entre las partidas computables para determinar la asignación de retiro consigna el 38,5% como prima de antigüedad, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, de la certificación expedida por la entidad demandada, donde consta los porcentajes y partidas computables en la asignación de retiro del demandante, se probó que efectivamente le asiste razón al actor, pues se consigna como salario mensual \$965.237.00, y se establece como prima de antigüedad la suma de \$260.131.00, monto inferior al 38,5% del salario mensual, que establece el Decreto 4433 de 2004, y que de acuerdo con los lineamientos antes expuesto se extrae del 100% del salario mensual (Folio 15 del cuaderno 3 del expediente digital).

Lo anterior, conlleva a que se haya afectado la prima de antigüedad, al momento de determinar el valor que correspondía por dicha partida, por lo que se ordenará la reliquidación de dicho concepto, esto es que se extraiga el 38,5% que establece el Decreto 4433 de 2004, del 100% del salario básico mensual del demandante, con la precisión que en los términos del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, equivale a un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, desvirtuando la presunción de legalidad del acto administrativo demandado frente a este aspecto de la demanda.

En cuanto se refiere a la pretensión de obtener la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, como partida computable de la asignación de retiro del demandante, tenemos que, conforme lo expresó el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, una vez estudiado los principios constitucionales de favorabilidad, igualdad, y progresividad, las partidas que deben tenerse en cuenta para determinar la asignación de retiro de los soldados profesionales son taxativas, privilegiando la potestad reglamentaria del legislador.

Así las cosas, de dicha lista quedo plenamente excluida la prima de navidad, como partida para determinar el monto de la asignación de retiro de los soldados profesionales como se indicó en el marco legal y jurisprudencial de esta providencia, por lo que respecto esta pretensión se deniega su solicitud.

- **De la Excepción de Prescripción.**

Respecto a la excepción de Prescripción, tenemos que, por un lado, se encuentra el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que dispone: ***“Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde las fechas en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual, El derecho al pago de los valores reconocidos prescriben en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”*** (Negrilla fuera del texto).

Por otro lado, el Decreto 4433 de 2004, al regular el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, dispuso: ***“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción por un lapso igual (...)”***

Ahora bien, en sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, del 4 de septiembre de 2008, C.P. Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguen, en el expediente rad. No. 0628-08, se precisó que no podía aplicarse el Decreto 4433 de 2004, en materia de prescripción, por cuanto el Presidente de la República “... so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándose aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990 ...”

Así mismo, la línea conceptual al respecto del término prescriptivo en las asignaciones y reajustes de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, sobre el término para su configuración, la discrepancia que se generaba sobre si el termino es de cuatro años conforme el decreto 1211, 1212 de 1990 o de tres años, según el Decreto 4433 de 2004 aparece zanjada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en decisiones que constituye precedente, vía acción de tutela y vía acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho; teniendo por establecido que el termino es cuatrienal.

Implica lo anterior, que el término para contabilizar la prescripción de las mesadas pensionales o de asignación de retiro es de 4 años, tal como lo dispone el Decreto 1211 de 1990.

Así pues, al demandante se le reconoció la asignación de retiro con efectos fiscales a partir del 26 de abril de 2015, y la solicitud de reajuste teniendo en cuenta como salario mensual para extraer las partidas el mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y la liquidación en debida forma de la partida de la prima de antigüedad como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, fue presentada el día 10 de noviembre de 2016, por lo que **NO** ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de los valores que resulten del incremento del 20% de la partida computable del sueldo básico sobre las mesadas causadas a favor del soldado Profesional ® del Ejército Nacional Edgar Enrique Cogollo Doria, pues se interrumpió la prescripción en debida forma. Además, la demanda fue presentada el 15 de julio de 2019.

## **V.- COSTAS**

El Despacho no condenará en costas a la parte vencida, por cuanto no se encuentra acreditado que las partes generaran actuaciones y gastos procesales sujetos de tasación en costas, tal como lo dispone el numeral 8°. Del artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el art. 188 del C.P.A.C.A.

## **VI.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**Primero: Declarar** la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio consecutivo No. **2016- 79086 de fecha 30 de noviembre de 2016**, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho **ordenar** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, reajustar y pagar la asignación de retiro del señor Édgar Enrique Cogollo Doria, a partir del 26 de abril de 2015, con la correcta liquidación de la prima de antigüedad conforme lo normado en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004; esto es, 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, resultando de dicha operación el monto que le corresponde como asignación de retiro

**Tercero. -** Del valor total liquidado a favor del demandante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, deberá descontar, las sumas correspondientes a aportes al Sistema de Seguridad Social, que no se hubieren efectuado, así como las sumas que ya fueron reconocidas.

**Cuarto. -** Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA, a efectos que esta pague su valor actualizado.

**Quinto. -** Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

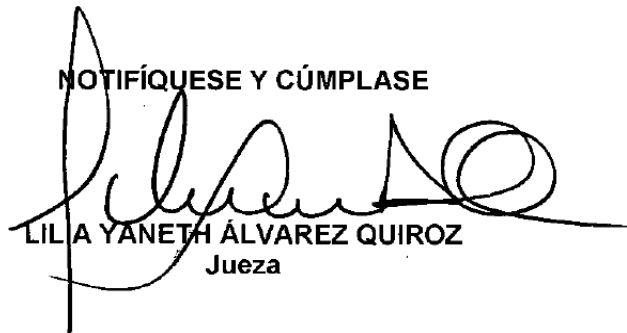
**Sexto.** - El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**Séptimo.** - Sin costas en esta instancia.

**Octavo.** - Notifíquese la presente providencia a la procuradora judicial del Ministerio Público delegada ante este juzgado.

**Noveno.** - Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ**  
Jueza