



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, dieciocho (18) de julio del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	73001-33-33-010-2018-00346-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	WALTER ALBARRACÍN ALBARRACÍN
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Asunto:	Reajuste asignación de retiro
Sentencia:	00093

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **6 de junio del 2019**, donde se manifestó **que se accedería a las pretensiones** de la demanda que promovió el soldado retirado señor **WALTER ALBARRACÍN ALBARRACÍN** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL**, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo No. **2017 - 63221** del **9 de octubre del 2017**, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional señor **Walter Albarracín Albarracín**.

1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordenó a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.3 Que se liquide la asignación de retiro del accionante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad establecida en el artículo 5 Decreto 1794 del 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.8 Decreto 4433 del 2004.

1.4 Se ordene el reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas.

1.5. Se ordene a la demandada a pagar las diferencias indexadas que resulten entre el reajuste reconocido y el monto efectivamente pagado.

1.6 Que se condene a la entidad al pago de intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, conforme lo señala el artículo 192 y 195 del CPACA.

1.7. Que se condene a la entidad demandada al pago de los gastos y costas del proceso, así como las agencias en derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Walter Albarracín Albarracín** prestó servicio militar obligatorio desde el 5 de julio de 1995 hasta el 29 de diciembre de 1996, estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 15 de enero de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003 y posteriormente como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 29 de marzo del 2017 fecha de retiro del servicio.

2.2 Que mediante resolución No **1361 del 27 de febrero del 2017**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y pagó la asignación de retiro al señor Albarracín Albarracín, teniendo en cuenta el 70% del salario mensual devengado adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

2.3 Que el señor Albarracín solicitó a la Caja, el reajuste de la asignación de retiro liquidándola con el 70% de la asignación básica mensual y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad y la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro.

2.4 Con oficio No. **2017 63221 CREMIL 88310 del 9 de octubre del 2017**, la entidad accionada negó la petición elevada por el actor, en razón, a que el régimen prestacional de las fuerzas militares, no ha sido modificado ni derogado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma y a la condena en costas y agencias en derecho (fl 45 - 49), afirmando que el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los artículos 13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004 y según la hoja de servicios, que a la suma del sueldo básico y la prima de antigüedad se les aplicara el 70%.

Que el artículo 45 del citado decreto consagro en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales tales como la partida de prima de navidad.

Que la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede entenderse que en retiro se les reconozca partidas computables que no les fueron reconocidas en actividad.

Propuso las excepciones que denominó *1. No configuración a la violación del derecho a la igualdad. 2. No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL*

3. *No configuración de causal de nulidad.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

Se ratificó los hechos, pretensiones y fundamentos legales de la demanda, haciendo mención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado SU 015 C 52 del 25 de abril del 2019 Consejero ponente William Hernández, en la que se decidió sobre los temas objetos del debate y la cual obliga a CREMIL a hacer la reliquidación de acuerdo con la demanda.

4.2 Parte demandada

El apoderado se ratifica en lo consignado en la contestación de la demanda, rogando al despacho se despache de manera desfavorable o negativa los dos problemas jurídicos planteados dentro de la presente.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.3. TESIS DE LAS PARTES

5.3.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque en la liquidación de la asignación de retiro del actor, debe aplicarse correctamente lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 2004, teniendo en cuenta que al 70% del sueldo básico se le adicione el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad y la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro.

5.3.2 Tesis parte accionada.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la asignación de retiro del accionante se liquidó de conformidad con las disposiciones del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con la hoja de servicios, reconociendo el equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad y respecto de la doceava parte de la prima de navidad a la Caja le está expresamente prohibido reconocer montos no consagrados en la Ley para los soldados profesionales, más aun cuando los mismos no fueron devengados en actividad.

5.4. De las excepciones

Antes de entrar en el fondo principal de la controversia en el proceso, nos referiremos sobre las excepciones formuladas.

La caja de retiro propuso las excepciones de *1. No configuración a la violación del derecho a la igualdad. 2. No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL. 3. No configuración de causal de nulidad* las cuales serán objeto de estudio con el fondo del asunto.

6. Problema Jurídico

Como se indicó anteriormente, la litis planteada por las partes se concreta en establecer: ¿En la liquidación y reconocimiento de asignación de retiro del demandante se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004?

¿Debe incluirse la doceava (1/12) parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante o si por el contrario el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho?

6.1 Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, dando aplicación a lo dispuesto en los considerandos de la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-015-CE-S2-2019¹, ordenando a la demandada reajustar la asignación de retiro del actor, aplicando el (70%) sobre el salario básico y a este resultado adicionarle el (38.5%) correspondiente de la prima de antigüedad, y negar la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad que venía devengado en actividad, como partida computable para la asignación de retiro del actor.

6.2. De la asignación de retiro de los soldados profesionales

De acuerdo con el decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definió para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales, lo siguiente:

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

A su turno, sobre las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, el artículo 13 dispone:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

(...)

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.”* (Negrilla fuera de texto)

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

Así, de cara al porcentaje de la prima de antigüedad computable como partida a efectos de obtener el ingreso base de liquidación de la asignación de retiro, el decreto citado dispuso en el artículo 18:

“Artículo 18. *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

(...)

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

(...)

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.” (Negrilla fuera de texto)

La asignación de retiro a favor de los soldados profesionales, se reconocerá sobre el 70% del salario devengado, adicionado ese monto con un porcentaje del 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad, siendo éstas las partidas computables a efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la mesada.

Frente a las partidas computables para la asignación de retiro, nos permitimos traer a colación las consideraciones efectuadas por el honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019²

“4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

131. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

133. En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»³. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

³ Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»⁴.

(...)

140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)
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.	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.

141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁵ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

142. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»⁶, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»⁷, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994⁸ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁹, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre

⁴ Ibidem.

⁵ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

⁶ T-587 de 2006.

⁷ Ibidem.

⁸ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por la cual se modifica el Decreto-ley [353](#) del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁰. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los toques máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo**, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. **Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.**

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹.** Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. **Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹².**

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, **las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas».** (negrita fuera de texto)

144. 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.

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

¹² Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

145. El siguiente cuadro evidencia las diferencias entre los aportes o cotizaciones que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución:

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
<p>Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.</p> <p>17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).</p> <p>17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.</p>	<p>Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.</p> <p>18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.</p> <p>18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:</p> <p>18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.</p> <p>18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.</p> <p>18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.</p> <p>18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.</p> <p>18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.</p> <p>18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.</p> <p>18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.</p>

146. A continuación, se muestra cómo las partidas computables para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, son aquellas respecto de las cuales se hicieron los correspondientes aportes:

Artículo 13. Partidas computables para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares	Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.
<p>La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:</p> <p>13.1. Oficiales y suboficiales</p> <p>13.1.1 Sueldo básico.</p> <p>13.1.2 Prima de actividad.</p> <p>13.1.3 Prima de antigüedad.</p> <p>13.1.4 Prima de estado mayor.</p> <p>13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.</p>	<p>Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:</p> <p>17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.</p> <p>17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El</p>

<p>13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.</p> <p>13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.</p> <p>13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.</p> <p>[...]</p> <p>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.</p>	<p>monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.</p>
---	--

147. 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.

148. **En conclusión**, 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.

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

- i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
- ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.”

6.3. Prima de navidad.

La prima de navidad se ha definido como una prestación social que consiste en el pago que realiza el empleador al servidor en la primera quincena del mes de diciembre en la suma equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año.

La prestación social en el caso de los soldados profesionales fue creada mediante el Decreto 1794 del 2000¹³ y desde su creación legal ha venido siendo reconocida y

13 Decreto 1794 del 2000 - ARTICULO 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.

pagada al soldado activo pero su inclusión como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro le ha sido negada en forma sistemática por las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones, con el argumento que la ley permite su inclusión como partida computable únicamente para los oficiales y suboficiales de la fuerza y que la norma generadora excluye a los soldados profesionales del gozo de ese beneficio.

Con fundamento en lo expuesto respecto de las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, queda claro que la prima de navidad al no estar incluida expresamente en los factores enlistados en el artículo 13 Num 2 del Decreto 4433 de 2004, así como no haber acreditado que se efectuaron aportes a la Caja de Retiro Militar CREMIL, respecto de la prima de navidad, no es posible acceder a la inclusión de la misma como partida computable para la asignación de retiro al actor.

6.5 prima de antigüedad

Ahora bien, reclama el actor que no fue computada correctamente la prima de antigüedad, pues advierte que de acuerdo con la interpretación dada por la entidad a la norma, aplicó el 70% no sólo sobre el sueldo básico sino sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el 38.5%.

En este sentido, es preciso acoger la postura del Consejo de Estado en sentencia del 11 de mayo de 2016¹⁴, en la que se indicó:

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

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.”¹⁵

En igual sentido, mediante sentencia del 31 de octubre de 2016, con ponencia del Dr. José Aleth Ruiz Castro, en el proceso con radicación 73001-33-33-751-2014-00002-01 Interno 1814-15, el Tribunal Administrativo del Tolima ha sostenido:

“Sobre la interpretación de la norma que rige las partidas y los porcentajes a tener en cuenta para la asignación de retiro de los Soldados profesionales, el Honorable Consejo de Estado ha señalado:

¹⁴ Sentencia del 11 de mayo de 2016. Consejo de Estado – Sección Cuarta MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00822-00(AC)

¹⁵ Sentencia del 29 de abril de 2015. Sección Segunda – Subsección A. Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

"Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ", " que precede al verbo "adicionado""¹⁶

(...)

Ahora bien teniendo claro el valor arrojado del 38,5% de la prima de antigüedad, procederá nuevamente esta Corporación a realizar la liquidación, haciendo uso de la fórmula utilizada para el efecto, dándole la correcta interpretación de la misma.

Asignación de retiro = 70% (salario) + 38.5% prima de antigüedad

De acuerdo con la fórmula descrita, la liquidación de la referida asignación de retiro se toma, aplicándole el 70% al salario y al resultado arrojado por éste se le adiciona el 38,5% de la prima de antigüedad, interpretación que obedece al tenor literal de la norma."

Circunstancia que fue ratificada en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019¹⁷, al establecer:

"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:

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

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice a la accionante se le reconoció y pagó su cesantía en el término estipulado en la ley.

7.1 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El señor Walter Albarracín Albarracín prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 7 meses y 22 días retirándose del servicio con el grado de soldado profesional a partir del 29 de marzo del 2017	Documental. Extraído de la resolución No 1361 del 27 de febrero del 2017 (fl 29 - 30)

¹⁶ Consejo de Estado - Sección Primera, C.P. Dra María Elizabeth García González, Rad: 2014-02292-01.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 850013333002201300237-01 Ponencia William Hernández Gómez

2. Que el actor devengó en actividad sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y bonificación de orden público.	Documental. Hoja de servicios del soldado profesional Walter Albarracín Albarracín (fl 28)
3. Que para su asignación de retiro se tuvo en cuenta el 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad	Documental. Resolución No 1361 del 27 de febrero del 2017 (fl 29 - 30)
5. Que el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, y la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad	Documental. Solicitud radicada el 26 de septiembre del 2017 (fl 22 - 24)
6. Que la Caja de retiro negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro solicitada	Documental. Oficio 2017 - 63221 del 9 de octubre del 2017 (fl 25)

En virtud de lo antes expuesto el despacho analizará el caso concreto del señor Albarracín.

Como ilustración de la liquidación de la asignación de retiro, traemos a colación, la certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares No **690** certificado CREMIL 88122 de fecha 9 de octubre del 2017, en donde consta la asignación de retiro reconocida al actor, que le fue liquidada teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

Sueldo año 2017	SMLMV + 40%	\$ 1.032.804.
70% sueldo básico		\$ 722.963
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$278.341
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(722.963.+278.341)	\$1.001.304.

Revisado el expediente tenemos que la Caja de retiro de las fuerzas militares mediante resolución No 2229 del 18 de enero del 2018 incrementó la asignación de retiro al accionante en un 20% acorde a lo dispuesto en el inciso 2 artículo 1 del decreto reglamentario 1794 del 2000, que establece que los soldados profesionales devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Con base en lo expuesto el despacho procede a realizar la proyección del salario devengado por el accionante para el año 2017 teniendo en cuenta el incremento del 20% ordenado pero conservando la forma de liquidación y valores utilizados por CREMIL.

Sueldo año 2017	SMLMV + 60%	\$ 1.180.347.
70% sueldo básico		\$ 826.243
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$318.104
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(826.243.+318.104)	\$1.144.347.

Al confrontarse, la proyección de liquidación efectuada con la norma, se colige que la interpretación dada para calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales, resulta incorrecta y por tanto desmejora el valor de la mesada del accionante, pues en efecto su asignación debe ser liquidada sobre el 70% del salario básico adicionado en el 38.5%, y no como erróneamente lo ha venido haciendo la accionada, sumando la

asignación básica con la prima de antigüedad para así proceder a la aplicación del porcentaje del 70%.

En tal orden se tiene entonces que la liquidación de la asignación de retiro ha debido efectuarse, para el año 2017 de la siguiente forma:

Sueldo año 2017 SMLMV + 60%	(\$737.717) + (\$442.630)	\$ 1.180.347.
70% sueldo básico		\$ 826.243
Prima antigüedad soldado profesional	(SB*70% x 38.5%)	\$454.434
Subtotal asignación retiro: (70% sueldo básico) + (38.5% prima de antigüedad)	(\$826.243+454.434)	\$1.280.677

En conclusión se debe reliquidar la asignación de retiro del señor **Walter Albarracín Albarracín** aplicando el 70% al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en la ley, desde el momento del reconocimiento de su mesada mensual y hasta que se demuestre el pago reajustado de lo pretendido

8. PRESCRIPCIÓN

El decreto **4433 de 2004**, en su artículo 43¹⁸, dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **1361 del 27 de febrero del 2017** mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo el **30 de marzo del 2017**, y, que la petición de reliquidación de la asignación se presentó ante la entidad demandada el **26 de septiembre del 2017**, es decir dentro de los términos legales concedidos para el efecto, por lo cual es dable concluir que no le ha prescrito el derecho a reclamar el reajuste de las mesadas pensionales, razón por la cual, el reconocimiento de los valores que resulten del reajuste de su asignación de retiro deberá hacerse a partir del **30 de marzo del 2017**

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación de dichas sumas serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el

¹⁸ " **Artículo 43. Prescripción.** Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.
El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.
Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenándose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL reajustar la asignación de retiro del señor **Walter Albarracín Albarracín** tomando para ello la interpretación literal efectuada en esta providencia al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, aplicando el 70% al salario básico, adicionando a ese resultado el 38.5% sobre la prima de antigüedad.

Además, y dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad se declarará la nulidad del **acto administrativo demandado** y en consecuencia se ordenará el reajuste de la asignación de retiro del accionante teniendo en cuenta para ello además de la asignación básica, la prima de antigüedad y el subsidio familiar ya reconocidos, la doceava (1/12) parte de la prima de navidad que devengaba en servicio activo, sumas que se cancelarán a partir del **30 de marzo del 2017**.

10. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma equivalente a uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, según lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo No **2017 - 63221** del **9 de octubre del 2017** expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, por medio del cual, se negó el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro al señor **Walter Albarracín Albarracín**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **Walter Albarracín Albaracín**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.906.730 a partir del **30 de marzo del 2017**, aplicando el 70% únicamente al salario básico y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, suma que deberá ser actualizada, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

QUINTO: CONDENAR en costas a la entidad demandando, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma la suma equivalente a uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia como agencias en derecho

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO.- En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

NOVENO.- Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DECIMO.-: Por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)