



<b>TEMA</b>	RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO
<b>RADICACIÓN</b>	73001-33-33-012-2018-00203-00
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	WILDER BOCANEGRA SUAREZ
<b>DEMANDADO</b>	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
<b>ASUNTO</b>	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a resolver la presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por el señor **WILDER BOCANEGRA SUAREZ**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **CAJA RETIRO DE LAS FUERZAS DE MILITARES – CREMIL**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

### 1. PRETENSIONES

**PRIMERA:** Declarar la nulidad del Acto Administrativo No. 2017-63046 de fecha 9 de octubre de 2017 mediante el cual 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.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a:

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.

b) Liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de prima de navidad 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.

**TERCERA:** Que en virtud a 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.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

**CUARTA:** 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.

**QUINTA:** 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).

**SEXTO:** Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho (Fls. 14-15).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

## 2. HECHOS

**PRIMERO:** El señor Wilder Bocanegra Suarez prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.

**SEGUNDO:** Una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en el Ley 131 de 1985, fue incorporó como soldado voluntario.

**TERCERO:** A partir del 1° de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

**CUARTO:** Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el CREMIL, mediante Resolución No. 362 del 30 de enero de 2017, le reconoció al demandante asignación de retiro.

**QUINTO:** Con radicado No. 20170085179 del 22 de septiembre de 2017, el señor Beltrán Moreno radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se tuviera como partida computable la prima de navidad y se liquidara la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

**SEXTO:** Con fecha 9 de octubre de 2017 mediante acto administrativo No. 2017-63046 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

**SÉPTIMO:** 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 38,5% de la prima de antigüedad.

**OCTAVO:** Desde el reconocimiento de la asignación de retiro, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene liquidando la mesada del demandante tomando la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70%, liquidando de esta forma la mesada a cancelar.

**NOVENO:** Al actor le fue reconocida y pagada todos los años la prima de navidad como activo en el mes de diciembre, situación dada hasta su retiro de la institución.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

**DÉCIMO:** De conformidad a lo establecido en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004, la prima de navidad se tiene en cuenta como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública.

**DÉCIMO PRIMERO:** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la liquidación de la asignación de retiro del demandante no le está computando como partida la prima de navidad sin que exista fundamento jurídico o factico para su exclusión (Fls. 15-16).

### 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004: Artículos 13.1.8 y 16

Como concepto de violación, expuso el profesional del derecho, que la entidad demandada ha venido dando una incorrecta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad y al monto resultante se le descuenta el 70%.

Ahora bien, de la lectura de la anterior normatividad, se concluye que la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe partir con base al 70% de la asignación básica, la cual debe adicionarse al 38.5% de la prima de antigüedad.

Además señala, que la disminución sufrida del 20% de la asignación básica a los soldados profesionales que anteriormente fueron soldados profesionales y, por tal motivo, se ven afectados en la liquidación de la asignación de retiro, tanto en la asignación básica como en la prima de antigüedad.

Finalmente indica, que los soldados profesionales retirados tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de navidad, como quiera que dicha prestación es tenida en cuenta por el Decreto 4433 de 2004 como una partida computable en el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro.

### 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalado que se aceptan los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro. Como excepciones formuló: Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional; prescripción de mesadas según el reajuste; no configuración de violación al derecho de igualdad y la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

### 5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite establecido en el artículo 179, en las que se surtieron las siguientes actuaciones:

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de mayo de 2018 (Fl. 31), contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 33-38).

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL contestó la demanda dentro del término legal, tal como se reseñó en el numeral anterior (Fls. 39 – 42).

De las excepciones se corrió traslado por el término de 3 días a la parte demandante y esta guardó silencio (Fl. 66).

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 17 de mayo de 2019 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 67). El 4 de junio del año en curso, se realizó la audiencia, en donde se fijó el litigio y se decretaron las pruebas. Finalmente, se corrió traslado para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes, quienes se ratificaron en los argumentos expuestos tanto en el escrito de demanda como en su contestación (Fls. 84-88).

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo.

## 6. CONSIDERACIONES

### 6.1. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto denominadas (I) Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional (II) Prescripción de mesadas según el reajuste (III) No configuración de violación del derecho de igualdad y (IV) la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares, tiene relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

### 6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme fue abordado en la audiencia inicial, corresponde a esta Judicatura establecer si el acto administrativo censurado adolece de nulidad, y por tal motivo, se ajusta a determinar lo siguiente:

a) Si tiene derecho el SP <sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez a que su asignación de retiro sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 1 inciso 2 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, el equivalente a un 20% del salario mensual dejado de cancelar.

b) Si tiene derecho demandante a que su asignación de retiro a que sea reliquidada de conformidad con lo establecido en los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004 y 1 del Decreto – Ley 1794 de 2000, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

c) Si tiene el actor derecho a que se incluya en la liquidación de su asignación de retiro, la partida salarial correspondiente a la doceava prima de navidad de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1.8 del Decreto 4433 de 2004.

### **6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Lo primero que ha de señalar este Despacho, es que hay tres cuestiones jurídicas a resolver en este caso, esto es: a) La reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000; b) La procedencia de la reliquidación de la asignación de retiro del actor, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y c) el reconocimiento y pago de la prima de navidad a la asignación de retiro, las mismas serán resueltas de forma separada y en el orden anteriormente enunciado.

#### **6.3.1. DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DE CONFORMIDAD CON EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 1794 DE 2000**

Al respecto, sea lo primero indicar que la Ley 131 de 1985 estableció en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

El artículo 4° ibidem consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en los siguientes términos:

**“Artículo 4o.** 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.”

Posteriormente, el Decreto 1793 de 2000, expedido por el gobierno nacional en uso de sus facultades extraordinarias, estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, incorporando a quienes estaban vinculados como voluntarios de la siguiente manera:

**“Artículo 5. Selección.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

**Parágrafo.** Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

Siendo así las cosas, es evidente que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985, tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su voluntad de incorporarse

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

como soldados profesionales, y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el Decreto 1793 de 2000, el cual les otorgaba un beneficio que consistía en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

A su turno, es menester indicar que el artículo 38 del Decreto antes mencionado, señaló:

**“Artículo 38. Régimen salarial y prestacional.** El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares y en sus primeros artículos consignó:

**“Artículo 1. Asignación Salarial Mensual.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%).

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

**Parágrafo.** Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

De las anteriores normas mencionadas, se logra establecer que aquellos que se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1793 de 2000, fueron incorporados como soldados profesionales de las Fuerzas Militares, acogiéndose al régimen prestacional designado designados para éstos, pero conservando, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado:

“...Se desprende de lo expuesto que el Decreto 1794 de 2000, contempló un régimen de transición para soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales en aras de premiar esa antigüedad, por ello les otorgó el beneficio de que continuaran con la asignación mensual que venían percibiendo consistente en el salario mínimo legal incrementado en un 60%; por tanto, en razón a que la norma indicó de forma expresa ese derecho, no es necesario analizar la favorabilidad de ambos regímenes pues no es ese el objeto de discusión, como quiera que resulta clara la intención del legislador

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

extraordinario de establecer prerrogativas para quienes venían vinculados como soldados voluntarios, por ello, no puede ser otro el espíritu de la norma”.<sup>1</sup>

Ahora bien, respecto de la asignación del retiro de los soldados profesionales, el Honorable el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 25 de abril de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>2</sup>, expuso lo siguiente:

“215. Al respecto, es menester tener en cuenta que, si bien es cierto, no podría hablarse del desconocimiento de derechos adquiridos en materia de régimen pensional, toda vez que quienes fueron soldados voluntarios tuvieron la posibilidad de acceder a una asignación de retiro solamente a partir del Decreto 4433 de 2004, también lo es que, de acuerdo con el artículo 18 *ejusdem*, los aportes de los soldados profesionales para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se calculan sobre el salario mensual y la prima de antigüedad. En ese orden, los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 deberían aportar con base en una asignación equivalente al salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, a diferencia de aquellos que se rigen por el inciso 1 de la norma a quienes les corresponde efectuar aportes sobre el salario mínimo legal aumentado en 40%.

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma, favorabilidad y *pro homine*, postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.

217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho y sus fines.

218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017<sup>3</sup>, al señalar:

[...] con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.

219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.

<sup>1</sup> Tribunal Administrativo del Quindío, Sentencia del 18 de septiembre de 2015, con ponencia del Dr. Juan Carlos Botina Gómez, Radicado bajo el número 63001-3333-755-2014-00027-01 (2015-343)

<sup>2</sup> Radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16), CE-SUJ2-015-19

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación No. 110010325000201000065-00 (0686-2010).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

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%." (Destacado en negrilla por el Juzgado)

Por lo anterior, se debe concluir que los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales tienen derecho a que la asignación de retiro sea liquidada con base a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

### 6.3.2. LA PROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CONFORME AL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004

Conforme a lo dispuesto por el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, corresponde al Congreso en ejercicio de la función legislativa "dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios" a los cuales se sujetará el Gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

A través del Decreto 1794 de 2000 se constituyó el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, disposición que estableció expresamente:

"Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%)".

Posteriormente, la Ley marco 923 de 2004 en su artículo 3º, estableció que el régimen de asignación de retiro debía tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, así como los criterios y objetivos allí definidos.

En desarrollo del mandato establecido en esta Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, que en lo atinente al porcentaje y cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales consagró:

"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".

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Por su parte, el artículo 13 ibídem determinó las partidas computables para la asignación de retiro, entre otros, de los soldados profesionales, 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:

(...).

#### 13.2 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.”

Frente este tema, el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de Unificación 25 de abril de 2019<sup>4</sup>, señaló lo siguiente:

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

$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$

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

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

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

$(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez Radicación Número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)Ce-Suj2-015-19

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

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

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

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

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

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

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

De la anterior normatividad y de la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, considera el Despacho que partiendo de la claridad y literalidad del marco legal antes visto, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales, que antes fueron soldados voluntarios debe ser liquidada aplicando el 70% sobre el salario mínimo mensual incrementado en un 60%, más un 38.5% de la prima de antigüedad, es decir, que a éste último factor se le debe aplicar el porcentaje inicialmente mencionado.

### 6.3.3. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE NAVIDAD A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Se debe señalar que la prima de navidad se encontraba contemplada en el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990<sup>5</sup>, la cual señaló que dicha prestación económica tenía derecho los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

Así mismo, el artículo 158<sup>6</sup> de la mencionada normatividad, señaló que los oficiales y suboficiales que sea retirado del servicio activo, dentro la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta la duodécima de la prima de navidad.

<sup>5</sup> Artículo 95. Prima de navidad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público una prima de Navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo.

<sup>6</sup> Artículo 158. Liquidación Prestaciones. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se establece el régimen salarial de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde señaló que los Soldados Profesionales mientras estén en servicio activo, tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima navidad conforme lo señalado en el artículo 5<sup>7</sup> de dicha normatividad.

Ulteriormente, el Congreso de la República de Colombia emite la Ley 923 de 2004, por medio del cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, en su artículo 3 expuso lo siguiente:

**“Artículo 3°. Elementos mínimos.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...).

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. **En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

(...)”.

Ahora bien, teniendo en cuenta la facultad otorgada por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, expide el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, determinando las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares:

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

(...).

#### **13.2 Soldados Profesionales:**

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

**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.”

---

(...)

- Duodécima parte de la prima de Navidad (...).

<sup>7</sup> **“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.”

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Finalmente, el Gobierno Nacional emite el Decreto 1162 de 2014, por medio del cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares y dispone lo siguiente:

“Artículo 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

De las anteriores normatividades, se logra observar que las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales se tendrán en cuenta la asignación básica devengada por el Soldado Profesional, la prima de antigüedad y el subsidio familiar, conforme al porcentaje establecido en la Ley.

#### 6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1) El señor **WILDER BOCANEGRA SUAREZ** prestó sus servicios al Ejército Nacional por espacio de 20 años, 6 meses y 8 días (Fl. 10).

2) Mediante Resolución No. 362 del 30 de enero de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual y adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad al SP <sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez, efectiva a partir del 30 de marzo de 2017, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y adicionado al 30% del subsidio familiar de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014 (Fls. 11-12).

3) Escrito presentado el día 22 de septiembre de 2017, el señor **Wilder Bocanegra Suarez**, por intermedio de apoderado, solicitó reliquidación y reajuste de la asignación de retiro y que se incluyera la inclusión de la 1/12 de la prima de navidad (Fls. 4-6).

4) Con oficio No. 690 2017 – 63046 del 9 de octubre de 2017, expedido por el Jefe de la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de CREMIL, se negó la solicitud impetrada (Fls. 7-8).

5) A través de la Resolución No. 2911 del 18 de enero de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconoció y ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor Wilder Bocanegra Suarez, efectiva a partir del 30 de marzo de 2017 (Fls. 80-82).

6) Según el certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, el señor Wilder Bocanegra Suarez, disfruta de una asignación de retiro con las siguientes partidas computables: sueldo SMMLV+ 40%, prima de antigüedad y subsidio familiar (Fl. 13).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

## 6.5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, se procede a resolver si el **SP<sup>(R)</sup> WILDER BOCANEGRA SUAREZ** tiene derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Decreto – Ley 1794 de 2000.

El señor Wilder Bocanegra Suarez ingresó a la Institución Castrense en calidad de soldado regular prestando el servicio militar obligatorio desde el 5 de septiembre de 1998 hasta el 1 de mayo de 1998; posteriormente ostentó la calidad de Soldado Voluntario a partir del 2 de mayo de 1998 hasta el 31 de octubre de 2003, iniciando como Soldado Profesional a partir del 1° de noviembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2017, siéndole reconocida la asignación de retiro por parte de la Caja Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, mediante Resolución No. 362 del 30 de enero de 2017.

Ahora bien, revisadas los documentos obrantes en el expediente, concretamente del acta de liquidación de servicios del **SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez**, se logra colegir que en su última nómina devengó un sueldo básico por el valor de \$ 965.237.00.<sup>8</sup>

De lo anterior, se logra concluir por parte de este Despacho que el incremento que se venía realizando al **SP<sup>(R)</sup> Bocanegra Suarez** era del 40% de este, toda vez que para el año 2016, siendo este el último año de servicios en las Fuerzas Militares de aquél<sup>9</sup>, el salario mínimo legal mensual vigente estaba en \$ 689.455.00, y una vez efectuado el incremento del 40% arroja como resultado el sueldo básico determinado en el acta de liquidación es decir \$ 965.237.00., cuando en realidad esta se debió haberse liquidado por el valor de \$1.103.128.00

Posteriormente, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, expide la Resolución No. 2911 del 18 de enero de 2018, por medio del cual ordenó el incremento del 20% sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del aquí accionante y, en consecuencia, se ordenó el pago de los valores que resulten del incremento de dicha asignación básica.

Así las cosas, no hay duda que en este caso el **SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez** tenía derecho a que la liquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, la cual se tendrá en cuenta para liquidar las demás partidas computables de la asignación de retiro del accionante, es decir, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Respecto de la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con el artículo 1° inciso 2° del Decreto 1794 de 2000, esta instancia accederá parcialmente a dicha pretensión, como quiera que la entidad accionada mediante Resolución No. 1846 de 2018, ya ordenó el reconocimiento y pago del incremento del 20% al accionante.

En segundo lugar, se procede a resolver si el **SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez** tiene derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada de conformidad con lo establecido en los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, según certificación No. 690 CREMIL 85179 del 9 de octubre de 2017<sup>10</sup>, suscrita por Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la asignación de retiro del demandante fue liquidada con los siguientes porcentajes y partidas computables:

<sup>8</sup> Folio 10.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Folio 13.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
 MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
 DEMANDADO: CREMIL

Sueldo	SMMLV + 40%	\$ 1.032.804.00
Porcentaje de Liquidación		70%
<b>SUBTOTAL</b>		\$ 722.963.00
Prima de Antigüedad	(SB*70%*38.5%)	\$ 278.341.00
Subsidio Familiar	((SB*4%) + (SB*58.5%)) * 30%	\$ 193.651.00
<b>TOTAL DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>		\$ 1.194.955.00

Revisada la anterior liquidación y teniendo en cuenta el fundamento normativo y jurisprudencial antes referido, advierte el Despacho que la entidad demandada está efectuando una liquidación errónea de la asignación de retiro del actor en su calidad de soldado profesional, pues para el 2017, año certificado para realizar el respectivo cálculo, debió efectuarse tal procedimiento bajo los siguientes parámetros:

Salario básico año 2017 <sup>11</sup>	\$ 737.717.00
Incremento del 40%	\$ 295.087.00
Subtotal	\$ 1.032.804.00
Porcentaje de liquidación 70%	\$ 722.962.00
+ prima de antigüedad 38.5% de \$1.032.804.00	\$ 397.630.00
Total asignación de retiro 2017, sin inclusión del subsidio familiar.	\$ 1.120.592.00

Cabe precisar por parte de esta instancia judicial, que la liquidación de la asignación de retiro del SP<sup>(R)</sup> Bocanegra Suarez, debe hacerse con base a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme lo ordenado en la sentencia de unificación del máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, que quedaría de la siguiente manera:

Salario básico año 2017	\$ 737.717.00
Incremento del 60%	\$ 442.631.00
Subtotal	\$ 1.180.348.00
Porcentaje de liquidación 70%	\$ 826.244.00
+ prima de antigüedad 38.5% de \$1.180.348.00	\$ 454.434.00
Total asignación de retiro 2017, sin inclusión del subsidio familiar.	\$ 1.280.678.00

Bajo ese entendido, se encuentra que la entidad demandada no observó el postulado del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que debió liquidar la asignación de retiro del demandante con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, procedimiento que no acató estrictamente, otorgando al precepto legal un sentido o interpretación que no correspondía a su tenor literal, pese a que éste no ofrecía lugar a duda alguna en cuanto a la manera de realizar el respectivo cálculo.

Así las cosas, comparado el monto reconocido al demandante por concepto de asignación de retiro, es claro que lo pagado es inferior a lo que debió recibir para el año 2017 y desde el mismo momento en que le fue reconocida la citada prestación, razón por la cual habrá accederse las pretensiones respecto de la reliquidación de la pensión de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

<sup>11</sup> La presente liquidación se hace con base 1 SMLMV incrementando a un 40%

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Finalmente, se procede a establecer si él SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez tiene derecho a que se incluya en la liquidación de su asignación de retiro, la partida salarial correspondiente a la doceava prima de navidad.

Cabe señalar por parte de esta instancia judicial, que la doceava parte de la prima de navidad no aparece como una partida computable para liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, ya que las únicas que se deben tener en cuenta para efectuar dicha calculo, son la asignación básica mensual, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Al respecto, se debe aclarar por parte de este Despacho que la misma al no estar en el listado establecido en el Decreto 4433 de 2004, para la liquidación de la asignación de los soldados profesionales y sí para el cálculo para la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no vulnera el derecho a la igualdad, como quiera en las Fuerzas Militares se encuentran Jerarquizada, entre más alto grado de ascenso militar más responsabilidades que le son otorgadas por parte de superiores.

Frente este tema, el máximo organismo de jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha señalado lo siguiente<sup>12</sup>:

**“V.5.14. El artículo transcrito solo dispone que la duodécima parte de la prima de navidad debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no prevé lo propio respecto de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Es más, en el párrafo de la norma reafirma tal declaratoria al establecer que ninguna otra prima, subsidio, bonificación, auxilio y compensación constituirá factor computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, de las pensiones, y de las sustituciones pensionales.**

**V.5.15. Al efecto la Sala reitera en esta oportunidad que dicha disposición no ha de entenderse como lesiva del derecho fundamental a la igualdad de los soldados profesionales, frente a lo dispuesto en favor de los oficiales y suboficiales, en tanto se está frente a sujetos distintos, con diferentes jerarquías, funciones y asignación básica. Los oficiales y suboficiales ostentan un rango superior al de los soldados profesionales en razón de su preparación y responsabilidades, por lo que el legislador previó para ellos una diferente remuneración y asignación de retiro. En presencia de tales circunstancias debe reconocerse que no se está frente a un tratamiento discriminatorio.**

**V.5.16. Menos aún puede desatenderse que “[...] es amplia y reiterada la jurisprudencia constitucional que establece que el derecho a la igualdad debe aplicarse entre iguales, es decir, frente a un mismo grupo, razón por la que dicho derecho se predica, para el caso sub lite, entre Soldados Profesionales mas no entre estos y Oficiales y Suboficiales, cuyas funciones, salario y demás prestaciones sociales es distinto, conforme al rango correspondiente [...]”**

**V.5.17. También resulta pertinente recordar que en tales condiciones no existe justificación para inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13, numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en atención a que no se evidencia la discriminación aducida, pues en modo alguno se configura un patrón de igualdad a partir del cual se pueda establecer la ocurrencia de un tratamiento discriminatorio.**

**V.5.18. Precisamente en la Sentencia T-371 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, se precisa que para la configuración de un acto discriminatorio se requiere, además del trato desigual, el que dicha actitud sea injustificada, entre otras palabras, que carezca de razonabilidad y que su causa evidencie que se fundamenta en un perjuicio. Además, se debe configurar un perjuicio, ya sea porque genere un daño,**

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02515-00(AC)

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Cree una carga o excluya a una persona del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o impida un beneficio. En síntesis, el acto discriminatorio requiere para su configuración que carezca de razonabilidad y que su causa evidencie que se fundamenta en un perjuicio y que, además, configure un perjuicio.

V.5.19. Al efecto cabe precisar que el artículo 13, numeral 13.2, del Decreto 4433 de 2004, no dispuso en favor de los soldados profesionales, que en la liquidación de su asignación de retiro se tuviera en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad, tal como sí lo hizo respecto de los oficiales y suboficiales, lo cual no implica por sí mismo la existencia de un tratamiento desigual que se fundamente en un perjuicio y cause otro, por cuanto, tal como se dejó expuesto, unos y otros no reúnen las mismas condiciones jerárquicas, funcionales y salariales. Además, el legislador dentro de la libertad de configuración que le asiste puede optar por incluir prestaciones y excluir otras, sin que tal competencia constituya en sí misma una afectación a la Carta Política y a los derechos fundamentales. De otra parte, tal como se ha dejado expuesto, resulta evidente que los supuestos de hecho no son susceptibles de compararse, en orden a lo cual la diferencia de trato se entiende justificada.”

Postura, que ha sido ratificada por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 31 de octubre de 2018<sup>13</sup>, que expuso:

“El 14 de junio de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E confirmó la sentencia de primera instancia (ff. 140-146 *ibidem*). Para adoptar tal decisión, consideró que la prima de navidad como partida computable para los soldados profesionales no resulta procedente, en la medida en que dentro de la libertad de configuración que tiene el legislador, decidió excluir dicha prestación, sin que ello implique la transgresión del derecho fundamental a la igualdad respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, quienes no se encuentran en la misma situación fáctica (f. 142 vto.).

Adicionalmente, el Tribunal demandado estudió la configuración de los tres componentes delimitados por la Corte Constitucional para efectos de determinar la configuración de un tratamiento desigual o diferenciado, análisis a partir del cual comprobó que no se desconoció el derecho a la igualdad del señor Rodríguez Lara, en los siguientes términos:

«[...] considera la Sala que en el presente asunto no existe un patrón de igualdad - Primer componente-, toda vez que si bien los soldados profesionales, suboficiales y oficiales pertenecen a las Fuerzas Militares, esa clasificación no es suficiente para considerarlos como sujetos equiparables, en la medida que entre ellos existen elementos diferenciadores, relacionados con la forma de ingreso, funciones que realizan y responsabilidades que se les otorgan.»

Igualmente, se observa que la autoridad coligió que no era válido acudir a la misma tesis esgrimida para la inclusión como partida computable del subsidio familiar, toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció que dicho beneficio está destinado al auxilio de la familia del empleado con menos ingresos, naturaleza que no comparte la prima de navidad.

En ese orden de ideas, la Subsección advierte el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E con sustento en jurisprudencia constitucional, expuso los motivos por los cuales esa partida no podía asumirse como computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, al resaltar que lo contemplado en esa norma no genera un trato discriminatorio por el hecho que sólo la consagre como partida computable para Oficiales y Suboficiales, en tanto que, el derecho a la igualdad se predica entre iguales, y en este caso se trata de situaciones de hecho distintas.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 31 de octubre de 2018, Radicación No. 11001-03-15-000-2018-02515-01(Ac), C.P. William Hernández Gómez

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

En esos términos, la Subsección advierte que el *a quo* expuso argumentos suficientes para soportar su decisión y adoptó su proveído con fundamento en las normas que regulan el tema discutido y, el artículo 13 de la Constitución Política que contempla el derecho fundamental a la igualdad.”

Por lo anterior, esta instancia declara probada la excepción de “Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional” y, en consecuencia se negara las pretensiones de la demanda respecto a este acápite.

## 6.6. PRESCRIPCIÓN

Respecto del fenómeno de la prescripción, cabe señalar que de conformidad con la sentencia de unificación anteriormente mencionada, se deberá advertir que es cuatrienal, en aplicación de los artículos 10<sup>14</sup> y 174<sup>15</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>16</sup> y 1211 de 1990,<sup>17</sup> respectivamente.

Atendiendo a que el demandante presentó ante la entidad reclamación de reconocimiento y pago del 20% que se adeuda al salario base para la liquidación de la asignación de retiro y que la misma sea reliquidada de conformidad con lo establecido en los artículos 16 de Decreto 4433 de 2004, el día **22 de septiembre de 2017**, en la medida en que no transcurrieron más de cuatro (4) años entre la fecha a partir de la cual le fue reconocida al demandante la asignación de retiro (30 de enero de 2017) y la de presentación del derecho de petición (22 de septiembre de 2018).

Bajo las anteriores precisiones, la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL deberá liquidar y pagar al SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez las diferencias del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a partir del 30 de junio de 2017.

Así mismo, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que reliquide la asignación de retiro del **SP<sup>(R)</sup> Wilder Bocanegra Suarez** a partir del 30 de enero de 2017, en los precisos términos ordenados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y acorde con los parámetros que a modo ilustrativo efectuó el despacho.

Las diferencias resultantes a favor del demandante, serán objeto de indexación en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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

<sup>14</sup> “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

<sup>15</sup> Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha 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 prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

<sup>16</sup> Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

<sup>17</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Cabe precisar por parte de esta instancia judicial, sobre el reajuste de la asignación básica para la asignación de retiro y demás partidas computables para el reconocimiento de esta, es decir el 20% que la entidad accionada reconoció mediante Resolución No. 2911 del 18 de enero de 2018, que en caso que ya fuese cancelada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, esta deberá pagar los respectivos intereses moratorios establecidos en el Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desde el 30 de marzo de 2017 hasta el 18 de enero de 2018, fecha por medio del cual se expidió el acto administrativo que reconoció dicha prestación.

Por último, sobre el reajuste de la asignación de retiro aquí ordenado, la parte demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Así mismo, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, esta Instancia Judicial decretará la nulidad parcial del oficio No. 690 2017-63046 del 9 de octubre de 2017 y, en consecuencia accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## 7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5º que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, toda vez que se negó el reconocimiento y pago de la duodécima parte de la prima de navidad a favor de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL (parte vencida en el proceso), razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a esta última.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

## RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de “Prescripción”, propuesta por el apoderado de la parte demandada – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2018-00203-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILDER BOCANEGRA SUAREZ  
DEMANDADO: CREMIL

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 690 2017-63046 del 9 de octubre de 2017**, expedido por la Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a reconocer a favor del señor **WILDER BOCANEGRA SUAREZ** las diferencias del reajuste de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a partir del 30 de junio de 2017.

Se precisa, sobre el reajuste de la asignación básica para la asignación de retiro y demás partidas computables para el reconocimiento de esta, es decir el 20% que la entidad accionada reconoció mediante Resolución No. 2911 del 18 de enero de 2018, que caso que ya fuese cancelada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, esta deberá pagar los respectivos intereses moratorios establecidos en el Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desde el 30 de marzo de 2017 hasta el 18 de enero de 2018, fecha por medio del cual se expidió el acto administrativo que reconoció dicha prestación.

**CUARTO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a que se reliquide la asignación de retiro del señor **WILDER BOCANEGRA SUAREZ**, a partir del 30 de enero de 2017, en los precisos términos ordenados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y acorde a los parámetros que a modo ilustrativo efectuó el despacho.

**QUINTO:** Sobre el reajuste de la asignación de retiro aquí ordenado, la parte demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

**SEXTO: DECLARAR** probada la excepción de “Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional”, y en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda interpuesta respecto del reconocimiento y pago de la duodécima parte de la prima de navidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste fallo

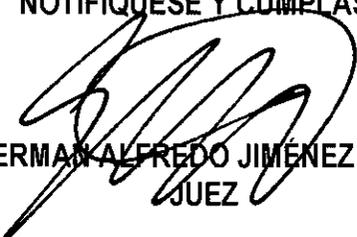
**SÉPTIMO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

**OCTAVO:** Por Secretaría efectúese la entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso, existan a favor del accionante.

**NOVENO:** Una vez en firme esta providencia, efectúense las anotaciones en el sistema y archívese el expediente.

**DÉCIMO: NOTIFÍQUESE** esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 *Ibidem*).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN  
JUEZ