

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **PASCUAL MUÑOZ MACANILLA**
C.C. No. 97.446.556

Demandado : **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL**

Radicación : **Nº 11001-33-42-047-2018-00520-00**

Asunto : **Reajuste asignación de retiro correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e inclusión de la partida de la prima de navidad**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 23 de octubre de 2020 y según los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 806 de 2020, artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibídem, promovida por el señor **PASCUAL MUÑOZ MACANILLA** actuando

a través de apoderado especial, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

- 1) *Declarar la nulidad del Acto Administrativo No 2018-93934 de fecha 24 de septiembre de 2018 mediante el cual, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** que (sic) 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 (1/2) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*
- 2) *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a:*
 - A. *A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante 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. *A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/2) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro. ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5° DEL DECRETO 1794 DE 2000, de conformidad a lo dispuesto en el artículo **13.1.8.** del decreto 4433 de 2004.*
- 3) *Que, en virtud de las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mí representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores.*
- 4) *Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación de retiro en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.*
- 5) *Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CAPCA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el CGP (sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999)*
- 6) *Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas, así como las agencias en derecho.*

1.1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. El señor Pascual Muñoz Macanilla prestó servicio militar obligatorio, una vez terminado el periodo reglamentario fue incorporado como soldado voluntario de acuerdo a la Ley 131 de 1985.
2. El 01 de noviembre de 2003, fue promovido como Infante de Marina, condición que mantuvo hasta su retiro del servicio.
3. Por Resolución No 15866 de fecha 09 de julio de 2018, la entidad accionada reconoció la asignación de retiro al actor.
4. El 06 de septiembre de 2018 bajo el radicado N 20180094818, el señor Pascual Muñoz Macanilla, radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
5. Mediante acto administrativo No 2018-93934 de fecha 24 de septiembre de 2018, la entidad accionada negó lo peticionado en el derecho de petición, agotándose así la actuación administrativa.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. LEGALES:

- Decreto 4433 de 2004 artículos 13, 18°, 16°.
- Artículo 2° Ley 923 de 2004.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de concepto de violación, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

A través de la Ley 923 de 2004, el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten veinte años de servicios. El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reglamentó su reconocimiento, el monto y el procedimiento para su liquidación, indicando que esta prestación sería equivalente a un 70% del salario mensual adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad.

Desde que fue reconocida la asignación de retiro del señor Pascual Muñoz Macanilla, viene siendo liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre la sumatoria de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad y al monto resultante le viene aplicando el 70%, lo cual es una errónea aplicación del artículo 16 ibídem, pues esto conlleva a una doble afectación en la partida de prima de antigüedad.

Como antecedente jurisprudencial cita la sentencia de fecha 10 de mayo 2018, del Consejo de Estado, Sección, Segunda – Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente No 19001-23-33-000-2014-00128-01 No interno 1936-2016, y la sentencia de tutela de fecha 29 de abril de 2015 expediente No 2015-0081 C.P. Gustavo Eduardo Aranguren, en las cuales se determina la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Señala que de la lectura del artículo 5 de la Ley 131 de 1985 y el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000, se observa un desmejoramiento en el monto de la prima de navidad, toda vez que, en la primera normativa la prima de navidad era equivalente a la totalidad de lo que recibía un soldado voluntario en el mes de noviembre y en la segunda se habla que esta prestación para los soldados profesionales era el 50% del salario básico más la prima de antigüedad, resultado una disminución cerca del 50% en la prestación que afectó al actor, como quiera, que pasó de soldado voluntario a profesional.

Resalta que la prima de navidad se le canceló al demandante en los meses de diciembre durante los 20 años que prestó sus servicios en el Ejército Nacional, prestación que fue tomada en cuenta en la liquidación del auxilio de las cesantías, no quedando duda que es una prestación social que hace parte de la remuneración de los soldados profesionales y de acuerdo a la jurisprudencia emanada por los órganos de cierre al ser la prima de navidad un factor salarial debe tenerse en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro.

Indica que la prima de navidad es tomada en cuenta en la liquidación de las asignaciones de retiro para los integrantes de la Fuerza Pública esto es Oficiales,

Suboficiales, Agentes de Policía, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y a todos los funcionarios públicos que la perciben, pero no para los soldados profesionales.

Refiere que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares cuando liquida las asignaciones de retiro de los soldados profesionales y no tiene en cuenta como partida computable la prima de navidad, empero lo hace en las asignaciones de retiro Oficiales, Suboficiales, Agentes de Policía, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa está trasgrediendo el derecho fundamental de la igualdad.

Argumenta que la entidad accionada incurrió en falsa motivación al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar al accionante las peticiones solicitadas, lo cual es motivo de nulidad de acuerdo al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, además que quebrantó las disposiciones de jerarquía normativa.

2.1.2 Demandada.

La entidad accionada presentó contestación de la demanda en tiempo, oponiéndose a las condenas a título de restablecimiento del derecho y a la condena en costas y agencias en derecho.

Sostiene que no existe vulneración del derecho a la igualdad, pues este se predica solo entre iguales y, en el presente caso fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia, por lo tanto, en el evento en que el actor presente un tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas; además, advierte que los Soldados Profesionales, los Oficiales y Suboficiales tienen responsabilidades y derechos distintos por el cargo que ocupan, lógica de un modelo cerrado de función pública, por lo tanto, esta regulación es acorde con el principio de igualdad.

Transcribe un aparte de la sentencia del Consejo de Estado en la que decidió negar la acción de tutela¹ al no encontrar vulneración al derecho de igualdad por la no inclusión de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales y determinar que la entidad actuó conforme a derecho.

¹ Sentencia No 11001-03-15-000-2018-01612-00 de fecha julio de 2011, Sección Cuarta.

Argumenta que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA y por el contrario las actuaciones realizadas por la entidad se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, desvirtuándose así la falsa motivación, pues el Consejo de Estado en sentencia No 10051-de 19 de marzo de 1998 señaló que: *“la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida notificación jurídica y apreciación razonable”*

Finalmente, en relación a las costas y agencias en derecho indica que en materia de lo Contencioso Administrativo la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esta parte, en el caso de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial y por tal motivo solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 12 de diciembre de 2018, asignada por reparto a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 29 de marzo de 2019, el cual fue corregido por proveído de fecha 10 de septiembre de la misma anualidad, por cuanto, se ordenó notificar al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, quien presentó contestación de demanda en tiempo y, en virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el Despacho mediante proveído del 23 de octubre de 2020, tuvo como pruebas los documentos aportados por las partes, prescindió de término probatorio y, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión, dando aplicación a lo normado en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial enviado correo electrónico del Despacho el 06 de noviembre de 2020, señalado que el ejecutivo al disponer en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el procedimiento que debe seguir la entidad accionada para la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales debe aplicar el 70% a la asignación básica y a este resultado se le debe adicionar el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de la liquidación de la asignación de retiro está aplicando un 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad, realizando una doble afectación a esta prestación, transgrediendo la norma, como quiera, que esta jamás ha dispuesto que al 38.5% de la prima de antigüedad se le aplicara el 70%, siendo una operación aritmética que al ser aplicada de manera errónea arroja una asignación de retiro inferior a la que legalmente le corresponde al actor.

Se encuentra en documentado en la demanda que el accionante devengaba la partida de prima de antigüedad en un porcentaje del 58.5% hasta el momento de su retiro y al liquidarle su asignación de retiro esta fue reducida aun 38.5% y si se le aplica el 70% como lo vienen realizado la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la partida queda reducida aun 26% de la asignación básica generándose una doble afectación.

Trae a colación la sentencia de fecha 10 de mayo 2018, del Consejo de Estado, Sección, Segunda – Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente No 19001-23-33-000-2014-00128-01 No interno 1936-2016, en la que se determina la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente solicita se declare la NULIDAD del acto administrativo demandado y se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquidar la asignación de retiro de del actor tomando el 70% de la asignación básica y a este resultado adicionarle el 38,5% de la asignación básica como prima de antigüedad, de conformidad a la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, y el pago de las diferencias que resulten de los reajustes solicitados desde la fecha del reconocimiento de la asignación a la fecha.

3.1.2. Demandada:

Vencido el término del traslado, la apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó alegatos de conclusión mediante memorial enviado correo electrónico del Despacho el 11 de noviembre de 2020, ratificándose en los argumentos aducidos en la contestación de demanda.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho, en primer término, resolverá las excepciones propuestas por la entidad, identificará el problema jurídico realizará el análisis normativo y jurisprudencial aplicable a la presente controversia, y luego, valorará las pruebas aportadas para resolver el caso concreto.

4.1. Excepciones propuestas

La apoderada judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dentro de la contestación de la demanda interpuso las excepciones de:

- i. **Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del Soldado Profesional; y no configuración a la violación al derecho a la igualdad:** Estas excepciones en realidad constituyen argumentos de defensa que serán objeto de estudio a lo largo de la sentencia.
- ii. **Prescripción:** excepción que será analizada sólo al determinarse si le asiste derecho al demandante en relación al reajuste de la asignación de retiro.

4.2. Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si el señor Pascual Muñoz Macanilla quien ostentó la calidad de Infante de Marina Profesional tiene derecho a que la la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajuste su asignación de retiro (i) tomando como base de liquidación la aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004,

que indica que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, (ii) incluyendo la doceava parte de la prima de navidad.

4.3. Régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios y profesionales de las FFMM

La ley 131 de 1985 “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, estableció un régimen especial para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifestaran el deseo de prestar el servicio militar voluntario, el cual no podía ser inferior a 12 meses, para el efecto, el Gobierno Nacional tenía la obligación de regular lo concerniente a la prestación de esta modalidad de servicio.

Como **el Decreto 370 de 1991** reglamentario de la anterior disposición, no consagró ninguna modificación respecto al régimen salarial de los soldados voluntarios, su régimen salarial se continuó rigiendo por lo señalado en la Ley 131 de 1985, que en su artículo 4° dispone que “*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*”.

Con la expedición del Decreto 1793 de 2000 “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*” se autorizó la incorporación de los soldados voluntarios al régimen de los soldados profesionales, fue así que mediante el parágrafo del artículo 5° de la normativa citada se dispuso que los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 serían incorporados el 1 de enero de 2001 al régimen de soldados profesionales siempre y cuando expresaran su intención de incorporarse, de ser así, adquirirían tal categoría y se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicha norma, de conformidad con el artículo 42 ibídem.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispone que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague **una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 ibídem, que corresponde al dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad** y que en todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto, cabe recordar que el inciso primero del artículo 1° del Decreto ley 1794 de 2000 dispone que los soldados profesionales vinculados a las FFMM devengarán un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario, disposición que no es equiparable a los soldados voluntarios incorporados al régimen de los soldados profesionales en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo ibídem.

▪ **Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro del Personal de las Fuerzas Militares**

En relación a esta partida es importante indicar que el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000, estableció el derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, y sería pagada en el mes de diciembre de cada año.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, señala las 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:	13.2. Soldados profesionales
13.1.1. Sueldo básico. 13.1.2. Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4. Prima de estado mayor. 13.1.5. Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto. 13.1.6. Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7. Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 <u>Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.</u>	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. Artículo 18. El porcentaje de la prima de antigüedad se fija en un 38.5% a partir de 11 años de servicio y en adelante.

▪ **Aportes para asignación de retiro del Personal de las Fuerzas Militares**

El capítulo II del título II del Decreto 4433 de 2004, en sus artículos 17 al 18, establecen los aportes que deben hacer a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tanto los Oficiales y Suboficiales y los soldados profesionales así:

Oficiales y Suboficiales:	Soldados profesionales
14. Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación. <u>En relación a las partidas contempladas en el artículo 13 las siguientes:</u>	17. Un (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.
15. un aporte mensual del (4.75%), porcentaje que se incrementará en (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el (5%).	18. El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.
16. El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.	19. Sobre el salario mensual un aporte mensual del (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el (5%).
	20. La prima de antigüedad en los porcentajes que contemplan la norma en relación al tiempo de servicios.

En conclusión, este emolumento no ha sido contemplado en la ley como factor para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo que se entiende que su régimen prestacional no lo establece y, por el contrario, lo excluye expresamente, pues atendiendo la fecha de retiro del demandante la norma que se encontraba vigente era la contenida en el Decreto 4433 de 2004; y, se reitera que el Decreto referido prohíbe el reconocimiento de otras primas que no se encuentren taxativamente establecidas en esa norma.

Lo anterior aunado a que, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual modificó el artículo 48 de la Carta Política, el cual en su inciso 6 estableció que **“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**, y como quiera que la tendencia jurisprudencial de los Órganos de Cierre Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es la de mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensiona, es claro que para la liquidación de esta asignación de retiro deben tenerse en cuenta las partidas que fueron objeto de cotización en actividad.

Ahora bien, como lo ha considerado el Consejo de Estado, la misma normativa aplicable estableció una diferenciación en cuanto a las partidas a tener en cuenta para efectos de la asignación de retiro de los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, pero las solas diferencias salariales o prestacionales no conllevan al desconocimiento del derecho a la igualdad; sino que para ello, tales diferencias tendrían que estar injustificadas, o fundamentadas en criterios como los proscriben el mismo artículo 13 de la Constitución -por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica-.

Entonces, se debe precisar que, el desempeño de roles y funciones del personal al servicio de las Fuerzas Militares, y el cumplimiento de diferentes requisitos para ocupar un cargo, son elementos, per sé, suficientes para admitir que existan diferencias entre uno y otro.

La Corte Constitucional ha preceptuado, sobre la vulneración al derecho a la igualdad, que no basta su proposición para considerarse como tal y en cambio, ha definido varios criterios a tener en cuenta:

“La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 prescribe que todas las personas nacen iguales ante la ley y que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Empero lo anterior, dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática. Tanto es así que los incisos segundo y tercero del artículo idem ordenan al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, adoptar “las medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, además, proteger “especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (Subraya el Despacho).

4.4. Jurisprudencia al caso concreto

El Consejo de Estado mediante sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, proferida en el exp. No. 85001-33-33-000-2013-00237-01 (1701-2016)², unificó el criterio de temas relacionados con la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, respecto de los cuales existía diversidad de criterios interpretativos, sentando jurisprudencia en los siguientes términos:

- **Sobre las partidas para liquidar la asignación de retiro, son:** (i) las enlistadas expresamente en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 (salario mensual y prima de antigüedad); y (ii) todas aquellas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales establezcan, sobre las

² Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez.

cuales deberán realizarse los correspondientes aportes a cargo de los miembros de la Fuerza Pública, en virtud de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, los artículos 1 y 49 de la C.P.C., y los numerales 3.3 y 3.4 de la Ley 923 de 2004.

- **Sobre el salario mensual como partida computable a efectos de liquidar la asignación de retiro:** deberá atenderse el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad; entonces (i) para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre de 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales, debe liquidarse conforme a la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con la norma indicada, esto es, un SMLMV incrementado en un 60%; habiendo lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes que se hubieran dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo; y (ii) para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con un SMLMV incrementado en un 40%.
- **Sobre 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 adicionarse el valor de la prima de antigüedad del 38.5% calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro.

Adicionalmente, en la misma providencia se dispuso que las reglas por ella definidas deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

En consecuencia, esta instancia judicial acoge en su integridad lo dispuesto por el órgano de cierre de esta jurisdicción y en ese sentido, se pronunciará tras el respectivo análisis normativo y fáctico.

4.4. CASO CONCRETO

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

- Con petición radicada el 06 de septiembre de 2018, el demandante solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 junto con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.
- La entidad dio respuesta mediante oficio No. 2018-93934 del 24 de septiembre de 2018, negando lo solicitado.
- Hoja de servicios No. 4-97446556 de fecha 15 de junio de 2018, expedida por la Armada Nacional, en la que se verifica que el señor Pascual Muñoz Macanilla prestó sus servicios a la Armada Nacional como:
 - **Servicio militar** desde el 15 de febrero de 1996 hasta el 01 de agosto de 1997.
 - **Soldado voluntario – Infante de Marina** desde el 13 de agosto de 1999 hasta el 13 de agosto de 2003.
 - **Infante Profesional** desde el 14 de agosto de 2003 al 24 de mayo de 2018, cumpliendo los tres meses de alta el 24 de agosto de 2018.

Completó un total de 20 años, 5 meses y 17 días de servicio.

- Según la referida hoja de servicios, los últimos haberes percibidos por el demandante (de acuerdo a la última nómina de abril de 2018), fueron: sueldo básico, seguro de vida subsidiado, bonificación de Dragoneante, prima de antigüedad soldado profesional y subsidio familiar.
- Mediante resolución No. 15866 del 09 de julio de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al demandante una asignación de retiro a partir del 24 de agosto de 2018, en cuantía del 70% del salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad.
- Certificado de partidas computables de fecha 18 de septiembre de 2018, expedido por la Coordinadora Grupo Centro Integral Servicio al Usuario en la que indica que la asignación de retiro del demandante se liquidó con:
 - El SMLMV + 40% = \$1.249.988, aplicando el 70% = \$874.992
 - Prima de antigüedad: $(SB \cdot 70\% \cdot 38,5\%) = \336.872 .
 - Subsidio familiar: $[(SB \cdot 4\%) + (SB \cdot 58.5\%)] \cdot 30\% = \234.373 .
 - Total, asignación de retiro = \$1.446.237.

- Cuaderno del reconocimiento de la asignación de retiro del actor.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho entrará a resolver en primer término el reajuste de la asignación de retiro del actor en relación a la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y posteriormente la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro.

▪ **Sobre la fórmula aplicada:**

La sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019³, estableció que la fórmula es la siguiente: 70% del sueldo básico + 38.5% de la prima de antigüedad, pero precisando que se tomará por tal concepto el 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

Se observa que, pese a que la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro adujo que las partidas se liquidarían así: 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar, verificada la certificación de partidas computables en la prestación reconocida al actor, se tiene que la entidad aplicó el 38.5% al sueldo básico afectado previamente con el 70%, lo cual dista de la interpretación del Consejo de Estado y de la misma norma.

Así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pasó por alto lo señalado en la normatividad que regenta la situación concreta del actor al liquidar su asignación de retiro por cuanto, si bien no la liquidó con el 70% de la sumatoria de los conceptos devengados, esto es, sueldo, prima de antigüedad y subsidio familiar, lo cierto es que tampoco aplicó la fórmula correctamente porque el porcentaje de la prima de antigüedad no se extrae del 70% del sueldo, sino de la asignación que percibía en actividad.

En consecuencia, se declarará la nulidad del oficio No. 2018-93934 del 24 de septiembre de 2018, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro reconocida al demandante en la forma que la ley lo establece y como se ha sentado jurisprudencia, esto es: **aplicando el 70% al salario básico, el cual corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de ese mismo salario**

³ Expediente No. 85001-33-33-000-2013-00237-01 (1701-2016)

y adicionando íntegramente la partida de prima de antigüedad en un 38.5% del sueldo básico.

▪ **Sobre la inclusión de la prima de navidad**

Adviértase, que si bien la hoja de servicios del actor aportada con la demanda y su contestación, no da cuenta de que entre los últimos haberes percibidos por él se hallara el de la prima de navidad, ello no es óbice para debatir su devengo en el presente asunto, por cuanto, de conformidad con el régimen salarial y prestacional ya referido, se encuentra que la regulación aplicable al caso así lo impone en el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000; además, no se discute por ninguna de las dos partes ni la condición de soldado profesional, ni la prestación así percibida en actividad por el actor.

Ahora bien, de acuerdo a la normatividad expuesta y al material probatorio allegado al expediente, se tiene que, el señor PASCUAL MUÑOZ MACANILLA, en calidad de Infante de Marina Profesional retirado del servicio de la Armada Nacional, no tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro para efectos de incluir en su liquidación la duodécima parte de la prima de navidad que afirma haber recibido en actividad; toda vez que éste emolumento no ha sido contemplado en la ley como factor para la liquidación de la asignación de retiro por lo que se entiende que el régimen prestacional de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, no lo establece y, por el contrario, lo excluye expresamente, pues atendiendo la fecha de retiro del demandante, la norma que se encontraba vigente era la contenida en el Decreto 4433 de 2004; y, se reitera que el Decreto referido prohíbe el reconocimiento de otras primas que no se encuentren taxativamente establecidas en esa norma. Argumentos que, entre otros, han servido de fundamento a la posición sentada por el Consejo de Estado.

Tampoco se encuentra razón para ordenar la inaplicación de la norma aplicable, pues, aunque el demandante considera que con la misma se está dando un trato discriminatorio y, por tanto, se viola el derecho a la igualdad; lo cierto es que no se encuentra demostrado en el plenario tal vulneración.

Por lo anterior, esta instancia judicial negará el reajuste de la asignación de retiro teniendo como partida computable la prima de navidad y, en ese sentido, mantendrá incólume la decisión contenida en el Oficio No. 2018-93934 del 24 de septiembre de 2018, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que lo ampara.

4.5. Prescripción

En el presente caso resulta aplicable el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que establece que la prescripción será trienal.

De esta manera, ha de precisarse que para el caso bajo estudio, se encuentra probado que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro a partir del 24 de agosto de 2018, presentó la solicitud ante la administración del reajuste de su asignación de retiro por la liquidación de la prima de antigüedad el 08 de septiembre de 2018 y radicó la demanda el 12 de diciembre de 2018; por lo tanto, no se encuentra una inactividad superior a tres años por parte del demandante entre la efectividad del derecho y la reclamación administrativa, ni entre ésta y la demanda; entonces, **se declara no probada la excepción de prescripción y, por lo tanto, las diferencias causadas sobre las mesadas de asignación de retiro que recibe el actor se encuentran a salvo de este fenómeno.**

4.6. Costas

Finalmente, la Instancia no condenará en costas teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., que no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

Así las cosas, analizada la demanda, el material probatorio que obra en el expediente, las alegaciones de la parte actora, la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión que deben ser acogidas parcialmente las súplicas de este medio de control.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, según se indicó en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda relacionadas con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del **oficio No. 2018-93934 del 24 de septiembre de 2018**, a través del cual se denegó el reajuste de la asignación de retiro del demandante, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a:

- a) Reajustar la asignación de retiro reconocida al señor Infante de Marina (R) PASCUAL MUÑOZ MACANILLA identificado con cédula de ciudadanía No. 97.446.556:** aplicando correctamente la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según el cual la prima de antigüedad corresponde al 38.5% calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengara el actor al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro, es decir, a partir del 24 de agosto de 2018.
- b)** La entidad accionada pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por asignación de retiro, a partir del 24 de agosto de 2018, ajustada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante de la correcta liquidación de su asignación de retiro, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en

cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, deberá efectuar los respectivos descuentos al demandante, en la proporción correspondiente, por concepto de aportes para el pago de los servicios médico-asistenciales y los demás a que haya lugar, sobre los conceptos reconocidos en esta providencia, a partir de la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro.

SEXTO: NEGAR las demás súplicas de la demanda, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Sin costas en la instancia.

NOVENO: Reconócese personería adjetiva a la doctora LYDA YARLENY MARTÍNEZ MORERA, identificada con CC No. 39.951.202 y TP 197.743 del CSJ., para actuar como apoderada judicial de la entidad accionada, en los términos y para los efectos del poder conferido por el Director y Representante Legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

DÉCIMO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

**LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:

2b0f58c2311c95d2f1adcd38f6d02745d2971e95f6abc488d428e733c7953ee5

Documento generado en 12/12/2020 03:52:02 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>