

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento
Radicado	11001 33 42 054 2019 00246 00
Demandante/Accionante	YASMIN PAOLA CUERO ANGOLA Y OTRO
Demandado/Accionado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora YASMIN PAOLA CUERO ANGOLA identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.113.654.653 de Palmira, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Faber Héctor Caicedo Cuero identificado con Tarjeta de Identidad No. 1.114.550.178, en calidad de beneficiarios de la pensión, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones:

- 1) *Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo No. 2015 - 49853 de fecha 22 de julio de 2015 y nulidad total del acto administrativo oficio No. 2019-13186 de fecha 01 de marzo de 2019 mediante los cuales la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó las siguientes peticiones:*
 - a. *La reliquidación de la pensión de mis poderdantes; 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 pensión de la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

- 2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:
 - a. A liquidar la pensión 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. A liquidar la pensión de mi poderdante incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) 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 pensión de mis representados, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitada en los numerales anteriores.
- 4) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA y 280 del CGP.
- 5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA concordante con lo dispuesto sobre la materia en el CGP (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).
- 6) Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho”.

1.2 Relación fáctica

La parte actora procede a enunciar las disposiciones que a su parecer hacen las veces de sustento fáctico a las pretensiones así:

- El señor Héctor Fabio Caicedo prestó el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional. Posteriormente, el 01 de noviembre de 2003 fue promovido a soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

- Mediante Resolución No. 1595 del 17 de febrero de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL le reconoció una asignación de retiro al señor Héctor Fabio Caicedo.

- Ante el fallecimiento del señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.), mediante Resolución No. 7658 del 03 de noviembre de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL le reconoció la pensión a la señora Yasmin Paola Cuero Angola y a su hijo menor Faber Héctor Caicedo Cuero.

- El 30 de junio de 2015, la parte actora radicó derecho de petición, rad. No. 20150058905 ante CREMIL solicitando se liquide la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- Mediante acto administrativo No. 2015-49853 del 22 de julio de 2015, CREMIL dio respuesta negativa al derecho de petición de la accionante.
- El 25 de febrero de 2019, la parte actora radicó derecho de petición, rad. No. 20190016675 ante CREMIL en el que solicitó se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.
- Mediante acto administrativo No. 2019-13186 del 01 de marzo de 2019, CREMIL dio respuesta negativa a la petición de la accionante.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demanda aceptó todos y cada uno de los hechos relacionados con la actividad del señor Faber Héctor Caicedo Cuero (q.e.p.d.), así como el reconocimiento de la asignación de retiro. Se opuso a todas las pretensiones, por cuanto se debaten en el proceso.

Indicó que a través de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la sección segunda del Consejo de Estado, estableció los parámetros legales y constitucionales relacionados con las partidas computables reconocidas dentro de los casos de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales e infantes de Marina y sus beneficiarios en caso de una ocasional sustitución.

Indicó que en la referida sentencia se determinó que existen dos partidas computables a tener en cuenta para la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina retirados las cuales son: salario base más la prima de antigüedad, es por ello que no es posible incluir alguna partida que no esté taxativamente en la ley.

Agregó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada Prima de Navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y

suboficiales, razón por la cual CREMIL no liquidó esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad a la ley.

Ahora bien, indicó que como se aprecia en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, numeral 13.2, las liquidaciones de los soldados profesionales se deben realizar teniendo en cuenta: salario mensual y prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del referido decreto, norma que tiene carácter especial y que prima sobre las demás normas generales. Además, de existir una prohibición expresa en el párrafo del artículo 13 ibídem, que dispone que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, indicó que los soldados profesionales e infantes de marina no efectúan aportes mientras se encuentran en servicio activo para cubrirla al momento del retiro, lo anterior, de conformidad con los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que dispone que la duodécima parte de la prima de navidad no se tiene como factor para determinar la asignación de retiro en el caso de los soldados profesionales, en contraposición a lo que ocurre con los oficiales y los suboficiales que si la tienen como partida.

Consideró que esta norma no vulnera el derecho a la igualdad, porque los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales tienen responsabilidades y derechos distintos por el cargo que ocupan y ésta lógica es la propia de un modelo cerrado de función pública, por lo que esta regulación es acorde con el principio de igualdad material, que comporta un trato diferenciado para aquellas personas que no se encuentran en el mismo supuesto fáctico siempre y cuando la diferenciación no se funde en criterios reprochables o sospechosos.

Finalmente indicó que en el caso bajo estudio, la entidad actuó con apego a la ley y los actos administrativos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para que se desestimen las súplicas de la demanda.

3. RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS

Mediante auto del 21 de agosto de 2020, debido a que en la contestación a la demanda no se propusieron excepciones previas y por no existir pruebas que practicar, se concedió el término de 10 días para que las partes presentaran por

escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

3.1 Alegatos de conclusión

El apoderado de la parte actora presentó en término escrito de alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

En cuanto a la prima de antigüedad hizo referencia al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004 e indicó que CREMIL al momento de la liquidación está aplicando un 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad de que trata el citado artículo y de esta manera está realizando una doble afectación a esta prestación transgrediendo la norma, toda vez que jamás se ha dispuesto que al 38.5% de la prima de antigüedad se le aplicara el 70%, siendo una operación aritmética que al ser aplicada en forma errónea arroja una asignación de retiro inferior a la que legalmente le corresponde al actor.

Lo anterior, por cuanto el demandante 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 a un 38.5% y si se le aplica el 70% a la mencionada partida, tal como lo viene haciendo la Caja de Retiro esta prestación quedaría reducida a un 26% de la asignación básica generándose con ello una doble afectación.

Por lo que, reiteró que lo que se está solicitando en la demanda es la aplicación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 a que tiene derecho el demandante como soldado profesional titular de asignación de retiro, con ello se protege el mínimo vital que se ve reducido al momento con la actual liquidación.

Hizo referencia a la sentencia del 10 de mayo de 2018, proferida por la Subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente William Hernández Gómez (1936-2016) en la que consideró que el 38.5% de prima de antigüedad se debe establecer teniendo en cuenta el 100% de la asignación básica mensual:

“(...) el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad,

porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto (...)"

Conforme a lo anterior, solicita se declare la nulidad del acto administrativo demandado y se ordene a CREMIL la liquidación de la asignación de retiro del demandante tomando el 70% de la asignación básica y a este resultado adicionarle el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si en la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del señor Faber Héctor Caicedo Cuero (q.e.p.d.) se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con respecto a las partidas y porcentajes de la prima de antigüedad y con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

3. Acto Administrativo Demandado

En el presente asunto se debate la legalidad del **Acto Administrativo No. 2015 - 49853 de fecha 22 de julio de 2015** y del **acto administrativo oficina No. 2019-13186 de fecha 01 de marzo de 2019**, proferidos por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante los cuales se le negó al actor el reajuste de su asignación de su asignación de retiro y el pago de la partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad.

4. Hechos probados

- Hoja de servicios No. 3-94324533 de fecha 07 de enero de 2015, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

- Mediante Resolución No. 1595 del 17 de febrero de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Soldado Profesional (R) del Ejército Héctor Fabio Caicedo, a partir del 31 de marzo de 2015.

- El 30 de junio de 2015, el señor Héctor Fabio Caicedo radicó derecho de petición, rad. No. 20150058905 ante CREMIL solicitando se liquide la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

- Mediante acto administrativo No. 2015-49853 del 22 de julio de 2015, CREMIL dio respuesta negativa al derecho de petición de la accionante.

- Mediante Resolución No. 7658 del 03 de noviembre de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Soldado Profesional (R) del Ejército Héctor Fabio Caicedo.

- El 25 de febrero de 2019, la parte actora en calidad de beneficiaria del señor Héctor Fabio Caicedo radicó derecho de petición, rad. No. 20190016675 ante CREMIL en el que solicitó se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

- Mediante acto administrativo No. 2019-13186 del 01 de marzo de 2019, CREMIL dio respuesta negativa a la petición de la accionante.

- Obra certificación de partidas computables a Beneficiario de fecha 05 de marzo de 2019, expedida por la Coordinadora del Grupo de Centro Integral Servicio al Usuario de Cremil, en la que se observa como partidas computables prima de antigüedad y subsidio familiar.

- Certificación de Unidad Militar y Sitio Geográfico de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la que se certificó que la última unidad donde prestó sus servicios militares el señor Soldado Profesional (R) del Ejército Héctor Fabio Caicedo fue en el Batallón de Inteligencia Técnica No. 3 NARIÑO, en la ciudad de Bogotá.

5. Marco normativo

5.1 Del reajuste del 20% de los soldados profesionales y la prima de antigüedad

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco jurídico aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del señor Faber Héctor Caicedo Cuero (q.e.p.d.).

En primer lugar, el Congreso de la República a través de la Ley 131 de 1985 estableció y reguló el servicio militar obligatorio. Así, en el artículo 3° señaló que las personas que hayan prestado el servicio militar obligatorio, a partir de su vinculación como Soldado Voluntario quedarán sujetas al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen prestacional y demás normas que regulan la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de los Soldados de las Fuerzas Militares.

Por su parte, el artículo 4° de esa misma normatividad estableció que quienes presten el servicio militar voluntario devengarán una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario sin que sobrepase los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

El anterior mandato fue reglamentado por el Decreto No. 370 del 06 de febrero 1991.

Posteriormente, a través del Decreto No. 1793 del 2000 se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, permitiendo la incorporación de los Soldados Voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, indicando en el parágrafo del artículo 5° lo siguiente:

“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.

(...)"

De acuerdo con el artículo 38 del Decreto en mención, el Gobierno expidió el Decreto 1794 del 2000 donde reguló el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales, estableciendo en el artículo 1° inciso segundo la asignación salarial mensual para los Soldados vinculados al 31 de diciembre del año 2000 en las siguientes condiciones:

“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%).” (Subrayado fuera de texto)

Como se evidencia en los apartes referidos, la distinción hecha en el segundo inciso de la norma, que sin duda otorga un trato salarial más favorable a los Soldados Voluntarios que fueron incorporados como Soldados Profesionales (20% adicional, con su correspondiente incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales), no hizo cosa distinta que cumplir la garantía de no desmejorarlos salarialmente de acuerdo con el artículo 38 del Decreto Ley 1793 y en el literal a) del artículo 2° de la Ley 4 de 1992.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en virtud del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, unificó el criterio que hasta el momento se tenía sobre el tema que hoy nos ocupa en la sentencia de 25 de agosto de 2016, dentro del radicado 3420-2015¹. Al respecto indicó:

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,² en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,³ cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una “bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 No. 003/16. Radicado: 850013333002201300060 01. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional. Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

² *Ib.*

³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985,⁴ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁶ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁷ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.”

Adicional a lo anterior, dicha Corporación indicó que dentro del presente asunto no se ha vulnerado el principio de la inescindibilidad de la norma, como quiera que la interpretación que se hace del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 es taxativa, teniendo en cuenta que la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto.

Finalmente, en cuanto a los efectos del ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, indicó que dicho reajuste “(...) lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.”

De otra parte, el Decreto 4433 de 2004 en el artículo 16 estableció el reconocimiento de la asignación de retiro para los Soldados Profesionales que reúnan ciertas condiciones así:

⁴ *Ib.*

⁵ *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

⁶ **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**

⁷ *Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*

“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”.*

En cuanto a los factores a tener en cuenta, el artículo 13 de la norma en comento estableció los siguientes:

“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 10 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”.*

Descendiendo al caso de estudio, se advierte que el señor Faber Héctor Caicedo Cuero (q.e.p.d.) fue vinculado al Ejército Nacional en calidad de **Soldado Regular** el 21 de noviembre de 1994, posteriormente como **Soldado Voluntario** el 01 de junio de 1996 y finalmente en calidad de **Soldado Profesional** desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que fue retirado del servicio.

Se encuentra demostrado que el actor cumplía la condición para la incorporación autorizada en esa norma, toda vez que ostentaba la calidad de Soldado Voluntario con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, en cuanto se vinculó con la institución el 01 de junio de 1996.

En estas condiciones, no hay duda de que el demandante al ser incorporado como Soldado Profesional en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Ley 1793 de 2000, tenía derecho a que por razón de esa incorporación su situación laboral

no fuera desmejorada bajo ninguna condición, tal como lo dispuso el artículo 38 del Decreto 1794 de ese mismo año.

En un abierto desconocimiento de lo establecido en el marco normativo señalado, es claro que ninguna de las razones ofrecidas por la administración resulta válida, máxime cuando la asignación de retiro mensual fijada en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 tuvo como finalidad acatar el mandato de no desmejora salarial previsto a favor de los Soldados Profesionales incorporados conforme al artículo 3° del Decreto Ley 1793 de 2000, pues con ella se garantizó que este personal continuaría devengando la remuneración que bajo el título de bonificación le había fijado la Ley 131 de 1985, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Ahora bien, la accionada al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del demandante lo hizo bajo las siguientes consideraciones – **Resolución No. 1595 del 17 de febrero de 2015:**

“3. Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el militar arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una Asignación de Retiro así:

- *En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*
- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad y con el 23% del subsidio familiar, de conformidad con lo señalado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014 (...)*”

Sin embargo, el apoderado de la parte actora manifiesta que CREMIL procedió a sumar el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y que al resultado obtenido le aplicó el 70%, de conformidad con el acto administrativo acusado así:

AR= Asignación de retiro

SM= Salario mensual.

PA= Prima de antigüedad.

$AR = (SM + [PA * 38.5\%]) * 70\%$

La inconformidad de la parte actora, radica en la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que el valor de la prima de antigüedad no debía sumarse al salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% del salario mensual.

De una interpretación más detalla, se colige que la puntuación utilizada por el legislador en el artículo en discusión, claramente hace la diferencia cuando indica que la **asignación mensual de retiro equivale al 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; es decir, que al resultado del 70% del salario mensual se le debe sumar (adicionar) el valor de la prima de antigüedad.

En consideración a lo anterior, y revisada la certificación de partidas computables Beneficiario del 05 de marzo de 2019, aportada con la demanda, el Despacho considera que le asiste razón al apoderado de la accionante en cuanto Cremil efectuó una interpretación diversa a la establecida en el artículo mencionado, lo cual afecta indiscutiblemente el valor de la asignación de retiro reconocida en su favor.

En una forma más gráfica se tiene que la liquidación debía efectuarse en los siguientes términos:

AR= Asignación de retiro

SM= Salario mensual.

PA= Prima de antigüedad.

$AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$

Así las cosas, el señor Faber Héctor Caicedo Cuero (q.e.p.d.) se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000, toda vez que se encontraban vinculado como Soldado con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, pues se vinculó en dicha calidad a partir del el 01 de junio de 1996.

5.2 De la prima de navidad.

El Decreto 1794 de 2000 estableció la prima de navidad a favor de los Soldados Profesionales, de la siguiente forma:

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

PARAGRAFO. *Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón*

de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

No obstante, la prima de navidad no fue incluida como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, por expresa disposición del artículo 13 antes citado.

De otra parte, cabe resaltar lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 923 de 2004, que señala los parámetros que debía respetar el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4433 de 2004, en donde se señaló:

“(...).

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución”. (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2004, injustificadamente determinó que la prima de navidad no debía incluirse en la base de la liquidación de los Soldados Profesionales, lo cual no encuentra asidero en un Estado Social de Derecho fundado en los principios de igualdad y solidaridad entre otros, según lo ha reconocido el H. Consejo de Estado dentro de la acción de tutela del 17 de octubre de 2013, con radicación No. 11001-03-15-000-2013-01821-00⁸, quien en el caso del subsidio familiar para este personal sostuvo lo siguiente:

“(...)

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a la luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tiene una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera, a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

(...) en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de

⁸ Sección Segunda Subsección “B” – C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.” (Negrillas fuera del texto)

Bajo este contexto, aclara el Despacho que si bien la prima de navidad conforme a la normativa vista no constituye partida computable para la asignación de retiro, lo cierto es que esta Juzgadora podría extender los efectos del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contemplan dicho emolumento como partida computable de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, a los Soldados Profesionales, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad parcial de la norma en cita, por no incluir como destinatarios de dicho personal en violación flagrante al principio de igualdad, ordenando reliquidar la asignación de retiro del actor con la inclusión de la prima de navidad devengada en actividad, en el porcentaje correspondiente.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte; por tanto, los efectos de su inaplicabilidad no se traducen en nulidad. Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de legalidad, razón por la cual ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del Consejo de Estado que defina el punto por vía general.

6. Caso Concreto

En estas condiciones, el Despacho declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Cremil a realizar el reajuste y pago de la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que corresponda a un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) desde el 1° de noviembre de 2003, con la consecuente reliquidación de todos los derechos prestaciones causados desde esa fecha, así como la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por concepto de prima de antigüedad y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, de la hoja de servicios del actor obrante en el expediente se desprende que el señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.) durante su servicio a la Institución devengó en actividad los haberes de sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar, mas no se observa el emolumento de prima de navidad.

Así las cosas, en un orden de justicia e igualdad, sería del caso entrar a reconocer la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, en la misma proporción reconocida en actividad; no obstante, tal y como se evidenció anteriormente el señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.) durante su trayectoria militar desde el año 2003 hasta el 2014 jamás devengó dicha prestación.

A las sumas que resulten a favor de la parte actora y a cargo de la entidad demandada, una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado de acuerdo al inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, mediante la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

7. En cuanto a la prescripción

Por otro lado, teniendo en cuenta que la primera reclamación en sede administrativa realizada por el señor Héctor Fabio Caicedo se formuló el día 30 de junio de 2015, y que la asignación de retiro fue reconocida a partir del 31 de marzo de 2015 (Resolución No. 1595 del 17 de febrero de 2015), el Despacho observa que no han transcurrido más de cuatro (4) años para que se configure el fenómeno de la prescripción cuatrienal en aplicación del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

8. Costas

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de la contestación de la demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un

estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el Artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del **Acto Administrativo No. 2015 - 49853 de fecha 22 de julio de 2015** y nulidad total del **acto administrativo oficio No. 2019-13186 de fecha 01 de marzo de 2019**, proferidos por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de los cuales se le negó al señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.) el reajuste de su asignación de retiro y el pago de la partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL a reconocer y pagar a la señora YASMIN PAOLA CUERO ANGOLA identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.113.654.653 de Palmira y a su hijo menor Faber Héctor Caicedo Cuero identificado con Tarjeta de Identidad No. 1.114.550.178, en calidad de beneficiarios de la pensión del señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.), la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por concepto de prima de antigüedad y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, de acuerdo a la fórmula referida en la parte motiva a partir del reconocimiento de la asignación de retiro del señor Héctor Fabio Caicedo (q.e.p.d.).

Teniendo en cuenta que el salario mensual corresponde a un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) tal como lo establece el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 inciso segundo, esto es, el reajuste salarial del 20% que corresponde a la diferencia entre 1.6 s.m.l.m.v. que devengó como Soldado Voluntario hasta el 31 de enero de 2003 y 1.4. s.m.l.m.v. que percibió en calidad de Soldado Profesional desde el 31 de marzo de 2015 fecha en que fue reconocida la asignación de retiro.

TERCERO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reajustar año a año la asignación de retiro del señor HÉCTOR FABIO CAICEDO (q.e.p.d.), identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.324.533 de Palmira, con

la diferencia en la asignación mensual conforme se dispuso en el numeral anterior y hacia el futuro.

CUARTO.- Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

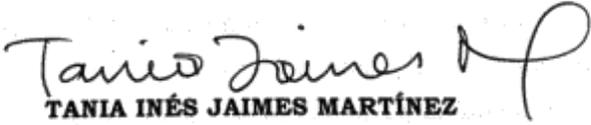
QUINTO.- Dese cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁹,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

Firmado Por:

TANIA INES JAIMES MARTINEZ
JUEZ
JUZGADO 054 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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:

04552907debf444c260b823fd2c76244a6b5becb60d8854ffb8763c92ab621a6

Documento generado en 24/03/2021 11:34:04 AM

⁹ alvaroruada@arcabogados.com.co
direccion@arcabogados.com.co
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

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