



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -  
CREMIL  
RADICADO: 20-001-33-33-005-2018-00015-01  
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

### ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del veintiocho (28°) de enero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, con relación al reajuste de la asignación básica que percibía el actor en actividad para posteriormente liquidar la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementando en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No.2016-80863 de fecha 7 de diciembre de 2016 de CREMIL, por medio del cual la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ, respecto de la prima de antigüedad, se realice aplicando de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: En consecuencia se ORDENA a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ, respecto de la prima de antigüedad, se realice aplicando de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, tal como quedó expuesto en la parte considerativa de la presente decisión, esto es, sin que se afecte doblemente la referida partida (...)”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Folio 109 y 110 del expediente

## 1. ANTECEDENTES

### PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

"1) Declarar la nulidad del acto administrativo N° 2016-80863 de fecha 07 de Diciembre de 2016, mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó las siguientes peticiones:

- a. La liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000.
- b. 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.
- c. La inclusión como partida computable en la liquidación de la asignación. (...)”<sup>2</sup>.

### 1.2. ASPECTO FÁCTICO

Los fundamentos fácticos de las pretensiones<sup>3</sup> incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así:

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que el señor JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado voluntario y a partir del 1 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional, el demandante fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Pública.

Mediante Resolución N° 1927 de fecha de 11 de marzo de 2014, se le reconoció asignación de retiro, posterior a ello el sr. JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ radicó derecho de petición N° 20160089419, ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1° del decreto 1794 de 2000, igualmente que se tenga como partida computable la prima de navidad y se liquide la prima de antigüedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante acto administrativo No. 201680863 de fecha 7 de diciembre de 2016, negó las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

Ello, en esencia, inspiró la demanda.

### 1.2. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

---

<sup>2</sup> Folio 12 y 13 del expediente

<sup>3</sup> Folio 13 al 15 del expediente

El Juzgado Quinto (2º) Administrativo Oral de Valledupar, mediante sentencia del 28 de enero de dos mil diecinueve (2019), fueron negadas las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Por lo expuesto, se concluye que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, si bien partió del salario mínimo incrementado en un 40% del mismo, en los términos del artículo 1º del Decreto 1794 del año 2000, también lo es, que afectó doblemente la prima de antigüedad, dado que el 38,5% se le aplica un 7% más, lo cual disminuye el monto a devengar por el señor JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ.

En consecuencia, se advierte que respecto al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se indica la manera de liquidar la asignación de retiro de los soldados, la entidad accionada está efectuando una interpretación que resulta contraria al tenor literal de la norma, desconociendo los postulados constitucionales de carácter laboral contenidos en el artículo 53 de la constitución, principio que ordena interpretar las disposiciones legales en materia en materia prestacional de forma favorable al trabajador, el cual, valga aclarar, resulta del todo aplicable en materia pensional, teniendo en cuenta que como reiteradamente ha dicho la Corte Constitucional, la asignación de retiro, es de naturaleza prestacional al igual que la pensión de vejez; por lo que aún en el evento de considerar que tal interpretación pudiera surgir del texto legal, debió preferir aquella que resultaba más favorable al trabajador (...)”<sup>4</sup>.

#### 1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>5</sup>

##### PARTE DEMANDANTE

En síntesis, la parte demandante basa su apelación en los siguientes argumentos: en primer lugar, su inconformidad con la sentencia es que considera que existe al negar el derecho a la inclusión de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, es una medida regresiva en razón a que esta prestación fue reconocida y pagada al hoy demandante durante el tiempo que trabajó en el Ejército Nacional, por lo tanto, es un factor salarial que se debe tener en cuenta en la liquidación de pensión

Finalmente, afirma el apoderado de la parte demandante que se le está violando el derecho a la igualdad, mínimo vital a que tiene derecho, por ello solicita que se declare la nulidad del numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

##### PARTE DEMANDADA

El apoderado de CREMIL presentó un recurso de apelación que fue declarado desierto al no asistir a la audiencia de conciliación celebrada ante el Despacho de

---

<sup>4</sup> Folio 109 y 110 del expediente

<sup>5</sup> Folio 670 a 675 del expediente.

origen, por lo que solo procede el estudio del recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

## 1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 11 de abril del 2019<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 16 de mayo de 2019<sup>7</sup>, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

## 1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

## 2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis, contra la sentencia del 28 de enero de 2019.

### 2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

### 2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del circuito de Valledupar, por medio de la cual se anularon los actos demandados debe ser revocada, según lo argumentado por la parte demandante en el sentido de advertir que la "prima de navidad" si debió ser incluida en la liquidación de la asignación de retiro; o si, por el contrario, la misma debe ser confirmada en los términos establecidos por el Despacho de instancia.

### 2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

De folio 2 al 4 del expediente, obra el derecho de petición radicado por el Sr. JUAN CARLOS MERCADO MUÑOZ, en el que solicita:

"1. Se ordene a quien corresponda la reliquidación de su asignación mensual como de Retiro, que me fue reconocida mediante resolución expedida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tomando

---

<sup>6</sup> Folio 151 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 155 del expediente.

como base de liquidación la asignación establecida el artículo 1° del Decreto 1794 del año 2000.

2. Se ordene a quien corresponda liquidar mi asignación de retiro (...)”<sup>8</sup>.

A folio 5 al 7 del expediente, obra respuesta negativa del derecho de petición interpuesto por el Sr. Juan Carlos Mercado Muñoz.

De folio 9 al 10 del expediente, obra Resolución Número 1927 del 11 de marzo de 2014, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al Sr. Juan Carlos Mercado Muñoz.

A folio 11 del expediente, obra certificación de partidas computables siendo titular la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

#### 2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, precisando:

**“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. 13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o 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 (...).”

En lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

A efectos de estudiar el tema de la asignación de retiro para los soldados profesionales es necesario precisar, en primer término, que dentro del personal de soldados profesionales hay dos categorías: i) la de aquellos que se incorporaron a

---

<sup>8</sup> Folio 7 del expediente.

las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) la de aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales.

Los soldados voluntarios, en los términos de la Ley 131 de 1985, son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Por su parte, los soldados profesionales, en los términos del artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

El desarrollo normativo condujo a que en la actualidad exista un reconocimiento de asignación de retiro para ambos tipos de vinculación a la Fuerza, sin embargo, el contenido de las mismas –o mejor-los factores que se incluyen a la hora de liquidarlas dista, tal como se explica a continuación:

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consagra:

“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”.

Las partidas computables a las que se refiere la norma citada son las descritas en el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, 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. 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”.

Nótese cómo claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «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».

Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

El principio de solidaridad cobra vital importancia en materia de seguridad social, al consagrarlo como uno de los que deben inspirar este servicio público, el cual tiene el carácter de obligatorio y de irrenunciable. Al respecto, la Corte Constitucional ha advertido:

“(…) el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, parte del supuesto según el cual la realización del interés colectivo presupone la existencia de mecanismos de redistribución de los ingresos, a fin de que los menos favorecidos tengan acceso a la satisfacción de las necesidades básicas, asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales. Uno de estos mecanismos es la organización de los sistemas de seguridad social, que pretenden conseguir la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. El funcionamiento de tales sistemas sólo se hace posible gracias al esfuerzo mancomunado del Estado y los particulares, y mediante la implementación de medidas que hagan viable la redistribución de los ingresos disponibles para estos propósitos. Por esta razón, el artículo 48 superior define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”<sup>9</sup>.

Lo anterior, evidencia entre otras cosas, la diferencia entre las partidas computables para los soldados profesionales, como es el caso del hoy demandante y los oficiales y suboficiales de la Fuerza, que encuentra justificación en la jerarquía militar la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas.

Así entonces, cuando el apelante se inspira en la igualdad para justificar que existe una aparente vulneración de sus derechos al no incluirse la prima de navidad en la liquidación de su asignación de retiro, ignora que dicha diferenciación tiene un sustento legal y jurisprudencial, tal como lo advirtió el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del pasado 25 de abril de 2019, cuando al referirse a la inclusión de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro de una soldado regular, dijo:

---

<sup>9</sup> Sentencia C-1054 de 2004.

"(...) 148. En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

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

i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes (...)"

Así las cosas, la Sala coincide con la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de no acceder a la petición de inclusión de la prima de navidad en la asignación de retiro del actor, por lo que ser este el único punto sobre el versa el recurso de apelación, se confirmará en su totalidad la sentencia apelada.

### 3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP<sup>10</sup>, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA<sup>11</sup>.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

"En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia"<sup>12</sup>.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

<sup>10</sup> "Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

<sup>11</sup> Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el pasado veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

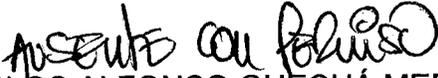
Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 163.



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA  
MAGISTRADO



DORIS PINZÓN AMADO  
MAGISTRADA



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO