

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el numeral 2º del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha, se procede por parte de este Despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: BENITO SANDOVAL PRECIADO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00235-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 165

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"1) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 2014-48658 de fecha 16 de julio de 2014, mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó 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 a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000.

2) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 2014-35967 de fecha 30 de Mayo de 2014 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en los artículos 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básico se le adicione el 38,5% como prima de antigüedad.

3) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

4) Igualmente como consecuencia de la anterior declaración en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de

conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad.

5) Que se reajuste la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.

6) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre el reajuste solicitado 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.

7) 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 (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

8) Ordenar a la entidad demandada el pago de los gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho."

1.2. HECHOS.

Son los que el Despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. El señor BENITO SANDOVAL PRECIADO prestó servicio militar en las filas del Ejército Nacional, una vez terminado el período fue incorporado como soldado voluntario y a su vez a partir del 1° de noviembre de 2003 fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro.

1.2.2. El decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, fijó la asignación básica para los soldados profesionales en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario; pero a su vez el inciso segundo del artículo primero de la misma normatividad dejó establecido un régimen de transición para los soldados profesionales que al 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

1.2.3. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución No. 1832 de fecha 11 de Marzo de 2014 reconoció asignación de retiro al señor SANDOVAL PRECIADO, asignación que se liquidó teniendo como base el salario mínimo más el 40% del mismo.

1.2.4. De igual forma el Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, en el artículo 16° establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados

profesionales así: el setenta por ciento (70%) del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un treinta y ocho por ciento (38,5%).

1.2.5. El 18 de junio de 2014, el demandante radicó derecho de petición 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 lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000; por su parte la entidad demanda mediante acto administrativo No. 2014-48658 del 16 de julio de 2014 negó la petición realizada.

1.2.6. El 28 de mayo de 2014, el demandante radico derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que la liquidación de su asignación de retiro se haga de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, el 70% de la asignación básica adicionado el 38,5% de la prima de antigüedad; por su parte la entidad demanda mediante acto administrativo No. 2014-35967 del 30 de mayo de 2014 negó la petición realizada.

1.3. NORMAS VIOLADAS.

Invocó el demandante las que se enlistan a continuación:

- Constitucionales: Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58.
- Legales: Ley 131 de 1985; Ley 4ª de 1992; Decretos 1793 y 1794 de 2000; Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora argumentó que cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el acto administrativo objeto de estudio, niega la liquidación de la asignación de retiro de acuerdo a la asignación básica de un salario mínimo incrementado en un 60% fijada en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, omite el mandato constitucional y legal que indica la obligatoriedad de tener en cuenta para determinar la mesada pensional los ingresos percibidos por el trabajador, comportamiento que no obedece un actuar razonable por parte de la administración, generando con ello un trato discriminatorio y desigual que desvirtúa la adecuada aplicación de la Constitución Política con referencia al principio fundamental de la igualdad.

Agregó que pese a que el legislador y el ejecutivo dejaron plasmado con claridad en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 la forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en una interpretación errada de la norma, viene liquidando dicha prestación de forma irregular, generando con ello un detrimento patrimonial al hoy demandante; con este proceder irregular de CREMIL al hacer una liquidación caprichosa de las asignaciones de retiro, está actuando contrario a los postulados que consagra el Estado Social de Derecho.

Adujo que pretender aplicar la idea de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto a que los soldados voluntarios deben percibir una asignación de retiro diferente a la que estipula la Ley, contradice el mandato constitucional de los derechos adquiridos, la progresividad y favorabilidad con que deben ser aplicadas e interpretadas las leyes, generando de esta forma una omisión de los mandatos impuestos por el legislador primario y una aplicación arbitraria del derecho que deslegitima desde cualquier punto de vista del Estado Social de Derecho sobre el cual se ha edificado la sociedad colombiana, deslegitimando cualquier actuación por parte de la administración con fundamento en la limitación inconstitucional de los derechos fundamentales.

Finalmente manifestó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la motivación del acto administrativo que se demanda, incurrió en causal de falsa motivación al no existir congruencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que de adujeron para negar al señor SANDOVAL PRECIADO las peticiones solicitadas, lo que es motivo de nulidad; además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa, quedando claro que la entidad demanda para negar las pretensiones del demandante, ha hecho una interpretación incorrecta y una aplicación indebida del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sacando un doble porcentaje a la prima de antigüedad, con lo cual se configura una nulidad el acto administrativo demandando por falsa motivación, por mutación de la verdad e incorrecta interpretación normativa.

1.5. TRÁMITE PROCESAL.

Mediante auto interlocutorio No. 964 del 14 de octubre de 2015, se admitió la demanda por este Despacho (fl. 40); se notificó en debida forma a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 42-45).

La entidad demanda Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a través de su apoderado judicial contestó la demanda (fls.49-84), manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Planteó que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990 y a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor.

Seguidamente propuso las siguientes excepciones:

- **LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES:** En desarrollo de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 217 de la Constitución Política, se han proferido diferentes disposiciones legales mediante las cuales se reglamentó y organizó la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, modificado en algunos apartes

por el Decreto Ley 1790 de 2000 y por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial que priman sobre las generales.

- **INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA EL AUMENTO SOLICITADO 40-60%:** Para la asignación de retiro de la parte actora, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, que habla solamente de incremento del 40%, no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente contrariando explícitamente la disposición normativa enunciada.
- **PRESCRIPCION:** En gracia de discusión, si el actor le asistiere algún derecho con respecto a las pretensiones de la demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por esa Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.
- **CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO:** La asignación de retiro del demandante se liquidó conforme a lo establecido en la normatividad vigente.
- **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES:** En el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos y, por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.
- **COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO:** Solicitó que en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, se exonere a la entidad demandada de las costas del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 392 del C. de P.C.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 29 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso y resolver sobre las excepciones previas propuestas. Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en el oficio No. 2014-035967, suscrito por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES por medio del cual se le niega al actor el reajuste de su asignación de retiro y el oficio No. 2014-48658 de mayo 30 de 2014, por medio del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, negó la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de

¹ Folios 87-89.

diciembre de 2004, se encuentran viciados de nulidad y en caso positivo, decretar el correspondiente restablecimiento del derecho ordenando a la entidad demandada reliquidar la asignación de retiro del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1. de la misma norma y el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Así mismo se reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en el entendido que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostenten la calidad de voluntario, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; además se intentó la conciliación, declarándose fallida.

Igualmente, se decretaron y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por la parte demandante obrantes a folios 1 a 14 y relacionados a folio 95 vuelto del expediente y por la parte demandada los documentos obrantes a folios 53-84, los cuales se relacionaron a folio 95 vuelto del expediente.

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de “Audiencia de Pruebas” y se constituyó el despacho en “Audiencia de Juzgamiento”. Igualmente, con fundamento en los numerales 1º y 2º del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo las apoderadas de las partes para ratificar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 101 del informativo.

Posteriormente se indicó el sentido del fallo concluyendo que en lo referente a la pretensión de liquidación de la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) la misma no es procedente por cuanto la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL no está legitimada en la causa por pasiva, pues es el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional quien tiene la obligación de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública.

De otro lado se concluyó, que el señor SANDOVAL PRECIADO tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir el 70% de la asignación básica mensual más el 38,5% de la prima de antigüedad.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

En punto a las excepciones propuestas por la entidad demandada a las que denominó LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA EL AUMENTO SOLICITADO 40-60%, CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO, NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y PRESCRIPCION DEL DERECHO, las mismas no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito del negocio, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

3. CUESTIÓN DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si: ¿Para el reconocimiento de la asignación de retiro del accionante se dio una errada aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por haber afectado doblemente la prima de antigüedad?

Frente al cargo planteado por la parte actora, referente a la aplicación de lo establecido en el Artículo 1° del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, con la finalidad de que se reliquide la asignación salarial con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, el Despacho se abstendrá de resolver al respecto, puesto que la entidad demanda no se encuentra legitimada para reliquidar la asignación salarial del demandante, como se explicará con detalle más adelante.

3.2. CALCULO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004.

De conformidad con los artículos 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en nuestro País se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional, y de acuerdo con el artículo 217 Constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Por su parte, el artículo 150 de la Carta Política dispone que corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. Particularmente frente a éstos últimos la Constitución dispuso que los miembros de la fuerza

pública seguirán un régimen especial prestacional y disciplinario determinado por la Ley y en la definición de dicho régimen salarial y prestacional, confluye tanto el ejercicio de la competencia que corresponde, en primer término, al Congreso de la República y la otorgada al Presidente de la República dentro del marco que le fije aquél y conforme a los criterios generales que guían la forma en que habrá de regular una determinada materia.

Ahora bien, el régimen salarial y prestacional para soldados profesionales de las Fuerzas Militares es el contenido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000 y el régimen pensional y de asignación de retiro el establecido en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004. Este último estatuto concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales, como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro al soldado o infante que cumpla determinados requisitos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la Corte Constitucional, en Sentencia C-432 de 2004², al revisar la constitucionalidad del Decreto No. 2070 de 2003 *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"*, determinó que la asignación de retiro es de naturaleza prestacional y se asimila a la pensión de vejez³ y agregó que su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004 incorporó dentro del Régimen de Pensión y Asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública al personal de soldados e infantes de marina profesionales. El artículo 16 ibídem dispuso lo siguiente:

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

Sobre la forma en cómo se debe aplicar y liquidar el citado artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Sección Primera del H. Consejo de Estado en sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2014, dejó claro que el cálculo de la asignación de retiro parte del 70% del salario, al cual se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad. De la citada providencia, resulta pertinente traer a colación el siguiente aparte:

² Sentencia de 6 de mayo de 2004, Expediente D-4882, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³ Considerando que el régimen especial de las fuerzas militares solo contempla la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes.

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

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo "contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica", como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5 % de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo" ⁴ (Subrayado por el Despacho)

Criterio que se reafirmó en la reciente sentencia de tutela del 11 de mayo de 2016⁵, preferida por la sección cuarta del Honorable Consejo de Estado de la cual se extraen los apartes pertinentes:

"(...) Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015⁶, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

"4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

*"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." (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).*

⁴ Expediente No. 2014-02292-01 - Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

⁵ Consejo de Estado - Sección Cuarta - Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00822-00(AC), Actor: JAIRO MENDOZA MENDOZA Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION C.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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

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

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación⁷.

Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurre en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados.

Corolario de lo anterior, se dejará sin efectos la sentencia de 13 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2530-7333-3001-2013-00001-01, y en su lugar, se ordenará que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva que, atendiendo lo lineamientos expuestos y los precedentes jurisprudenciales, inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar; aplique el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en cuanto al reajuste de la asignación salarial, y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la clara exégesis del mismo."

⁷ Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor.”
(Subrayado fuera de texto)

De las anteriores preceptivas jurisprudenciales se puede dilucidar, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales viene realizando una interpretación incorrecta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y aplica un doble descuento al porcentaje de la prima de antigüedad, pues al mencionado porcentaje (38,5) se suma la asignación básica y a su vez se aplica el 70%, que no es lo previsto en la norma, lo que implica una desmejora en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

3.3. REAJUSTE DEL SUELDO BÁSICO – ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

La parte actora sostuvo, como uno de los cargos de la demanda, que en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el demandante en su condición de soldado profesional activo a 31 de diciembre de 2000, tenía derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en consecuencia, su asignación de retiro debió liquidarse con base en el salario mínimo incrementado en un 60%.

En párrafos anteriores el Despacho advirtió que la entidad demandada, esto es, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL no está legitimada en la causa por pasiva en lo atinente a esta pretensión, como seguidamente pasa a explicarse.

En sustento de tal afirmación, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 3.10 de la Ley 923 de 2004⁸, el cual dispone que “La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes”.

Lo anterior significa, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, si bien cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, no es la responsable de cubrir la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, obligación que se encuentra en cabeza del MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL. Por tanto, no resulta acertado dirigir la pretensión de reajuste de la asignación salarial del demandante contra CREMIL, situación que obliga al despacho a abstenerse de realizar un pronunciamiento al respecto.

⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

Lo antes esbozado encuentra su respaldado en lo planteado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2015, en donde se expuso lo siguiente:

"(...)

Sin embargo, la Sala observa que en la sentencia cuestionada no se resolvió de fondo la pretensión de reajuste del salario en un 20 %, pues, a juicio del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en cuanto a esa puntual reclamación, CREMIL no estaba legitimada en la causa para comparecer como demandada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 923 de 200425, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, mas no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

*Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normativa citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para atender las reclamaciones relacionadas con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares. La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares(...)"*⁹(Subrayado por el Despacho)

Aunado a lo anterior, es preciso acotar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, es un establecimiento público del orden nacional encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios conforme a la hoja de servicios militares remitida por el Ministerio de Defensa¹⁰, y en observancia de lo dispuesto por los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990, respectivamente:

"ARTÍCULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa y a los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario."

"ARTÍCULO 235. HOJA DE SERVICIOS. La Hoja de Servicios será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza (...)"

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta - Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas - veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00380-00(AC)

¹⁰ Ver folios 23-24 del expediente.

Así pues, necesario es reiterar que CREMIL no se encuentra legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los servidores activos pertenecientes a la Fuerzas Militares, dado que la entidad encargada de realizar el pago de dichos emolumentos durante el servicio activo es el Ministerio de Defensa Nacional, por ende, CREMIL calculará la asignación de retiro con base en la asignación efectivamente pagadas al beneficiario y las partidas que se observen en la respectiva hoja de servicios.

4. EL CASO CONCRETO.

Revisado el expediente se encuentra probado lo siguiente:

- Mediante Resolución No. 1832 del 11 de marzo de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al soldado profesional (R) BENITO SANDOVAL PRECIADO (fls. 11-12).
- El 28 de mayo de 2014, el señor BENITO SANDOVAL PRECIADO, presentó solicitud de reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, adicionando un 38,5% de la prima de antigüedad. (fls. 2-3)
- A través de acto administrativo No. 2014-35967 del 30 de mayo de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro realizada por el señor Sandoval Preciado el 28 de mayo de 2014 (fls. 4).
- El 18 de junio de 2014, el señor BENITO SANDOVAL PRECIADO, presentó solicitud de reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40% cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incremento en un 60% (fls. 5-7)
- A través de acto administrativo No. 2014-48658 del 16 de julio de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro realizada por el señor Sandoval Preciado el 18 de junio de 2014 (fls. 8).
- Mediante Certificación CREMIL 67146 del 18 de julio de 2014, suscrita por la Coordinadora Grupo de Gestión Documental de CREMIL, se constata la forma en cómo se liquidó la asignación de retiro del Soldado Profesional ® BENITO SANDOVAL PRECIADO (fl. 13).

4.1. CONCLUSIONES.

Tal y como se indicó anteriormente, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares está compuesta de dos (2) partidas computables, esto es, salario mensual y la prima de antigüedad. A su vez, el artículo 16 ibídem, sobre la forma de liquidar las referidas partidas para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro establece que será el: **“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.”** (Se resalta).

Teniendo en cuenta lo anterior, CREMIL al liquidar la asignación de retiro del demandante tomó el 70 % de la sumatoria entre el sueldo básico y el 38.5 % de la prima de antigüedad, lo que quiere decir que afectó ambas partidas computables con el 70% en mención, según se desprende de la liquidación visible a folio 13 del expediente, que se resume de la siguiente forma:

Sueldo Básico	\$862.400,00
Prima de Antigüedad 38.50%	\$332.024,30
Sumatoria del sueldo básico más la prima de antigüedad	\$1.194.424,30
Asignación de Retiro 70%	\$836.097

Por esta razón es que la parte demandante solicita la reliquidación de su asignación de retiro en lo referente a la partida computable de prima de antigüedad, pues en su sentir, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé que la asignación de retiro corresponde al 70 % del salario básico, adicionado con un 38.5 % de la prima de antigüedad, lo que implica que esa prima no se afecta con el 70%.

En efecto, al revisar el tenor literal de la norma y con apoyo de la interpretación efectuada por la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, encuentra el Despacho que le asiste razón a la parte actora, dado que no cabe duda que CREMIL al determinar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe liquidarla sobre el 70 % del sueldo básico, adicionado con un 38,5 % de la prima de antigüedad, sin que este último concepto se vea afectado por el mencionado 70%, pues de ser así se estaría efectuando una disminución doble a la mencionada prima que no está autorizado por la norma, que además se repite, goza de suficiente claridad.

Deviene necesario entonces precisar, que la fórmula de cálculo atendiendo el tenor literal de la norma debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, es de \$603.680.00 ($862.400.00 \times 70\% = 603.680.00$), valor al que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, esto es, \$332.024,30.00, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, por lo que la asignación de retiro para el año 2014 correspondía a la suma de estos dos resultados, dando un total de \$935.704.00.

En este orden de ideas, evidencia el Despacho que el acto administrativo demandado contenido en el oficio No. 2014-35967 del 30 de mayo de 2014 está viciado de falsa motivación, puesto que se dio una aplicación errada a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma que establece la manera en que ha de liquidarse la asignación de retiro para el presente caso, precisamente en la forma cómo se liquidó la partida computable de prima de antigüedad, siendo necesario declarar la nulidad del acto administrativo en mención proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL y ordenar el respectivo restablecimiento del derecho consistente en reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional @ Señor BENITO SANDOVAL PRECIADO, dando aplicación correcta a lo estipulado en artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará utilizando la siguiente formula:

$$RA = RH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

4.2. PRESCRIPCIÓN.

Al respecto de este fenómeno, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, establece en lo pertinente:

“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. (...)

En este caso, se observa que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 1832 de 11 de marzo de 2014 (fls. 11-12); el 28 de mayo de 2014, solicitó la reliquidación de la misma (fls. 2-3) y el 14 de julio de 2015 interpuso demanda ante esta jurisdicción (fl. 38), denotándose que dentro de dicho término no operó el fenómeno jurídico de que trata la norma anteriormente referenciada; por tanto, no hay lugar a declarar la prescripción trienal de mesadas pensionales.

4.3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Dado que las pretensiones de la demanda prosperaron, se condenará en costas a la entidad demandada conforme lo señala el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 366 del C.G. del P., mismas que se liquidarán por secretaría. De conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho la suma del 5% del valor de las pretensiones reconocidas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones de LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA EL AUMENTO SOLICITADO 40-60%, CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO, NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y PRESCRIPCION DEL DERECHO, propuestas por la parte demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo CREMIL 56361 Consecutivo No. 2014-35967 del 30 de mayo de 2014 proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL y ordenar el respectivo restablecimiento del derecho consistente en reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional ® Señor BENITO SANDOVAL PRECIADO, dando aplicación correcta a lo estipulado en artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional ® Señor BENITO SANDOVAL PRECIADO, reconocida mediante Resolución No. 1832 de 11 de marzo de 2014, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el presente fallo, es decir, el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional.

De la liquidación efectuada, la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. Ajustando su valor, con aplicación de la formula consignada en la parte motiva de este proveído tal como lo manifiesta el artículo 192 del C.P.A.C.A. La entidad demandada confeccionará la liquidación teniendo en cuenta las pautas indicadas en la parte motiva.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: BENITO SANDOVAL PRECIADO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00235-00

CUARTO: DECLARAR que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de la diferencia de las mesadas de la asignación de retiro de la parte actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: NEGAR las demás suplicas de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL al pago de costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

OCTAVO: CONDENAR en agencias en derecho a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa. El Despacho fija el quantum en un cinco por ciento (5%) del valor de la liquidación aquí ordenada. Su liquidación deberá realizarse por secretaría e incluirse en la liquidación de las costas.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G. del P.

DÉCIMO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMÓN
JUEZ

JG