



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué- Tolima, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **WILSON MARTÍNEZ PARRA**
Demandado: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**
Radicación: **73001-33-33-003-2019-00277-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **Wilson Martínez Parra** contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 2-3)

- 1.1.** Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1934 del 12 de marzo de 2019, por medio de la cual se reconoció y ordeno el pago de la asignación de retiro al señor Wilson Martínez Parra.
- 1.2.** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 1245899 del 5 de junio de 2019, por medio del cual CREMIL negó lo pretendido en petición presentada el 21 de mayo de 2019.
- 1.3.** Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reliquidar y a reajustar la asignación de retiro del actor, en la partida correspondiente a la prima de antigüedad, tomando como porcentaje el 38.5% , obtenido a partir del 100% del salario mensual.
- 1.4.** Que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiros desde el mes de marzo de 2019 y hasta el cumplimiento de la sentencia.
- 1.5.** Que se ordene a la demandada a continuar con el pago al demandante la asignación de retiro con el nuevo valor que arroje.

- 1.6. Que se condene al pago de intereses moratorios desde la fecha de la sentencia hasta que se haga efectivo el respectivo pago.
- 1.7. Que las sumas adeudadas se ajusten de acuerdo al IPC certificado por el DANE.
- 1.8. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.9. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2. HECHOS RELEVANTES (Fol. 3-4)

- 2.1. Que el señor Wilson Martínez Parra prestó sus servicios durante 20 años y 3 meses al Ejército Nacional, vinculándose desde el 17 de junio de 1997 y hasta el 30 de diciembre de 1998 como soldado regular. Luego, desde el 25 de junio de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario y finalmente, desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro, 30 de marzo de 2019, como soldado profesional.
- 2.2. Que la entidad demandada – CREMIL, al liquidar la partida reconocida como prima de antigüedad, tomó el 38.5% del 70% del sueldo básico, debiendo ser tomado del 100% del salario básico mensual, lo cual genera una diferencia de \$153.035 a favor del demandante.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA (Fol. 28-41)

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares indica oponerse a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas, advirtiendo que la prima de antigüedad fue reconocida con los preceptos señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es por ello que siguiendo la uniformidad de la norma y secuencia de la misma, se debe recordar que la asignación de retiro equivale al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando tal entidad.

Cita jurisprudencia que considera coincide con su tesis y concluye indicando que no hay causales de nulidad frente al acto acusado, que si en gracia de discusión al actor le asistiera algún derecho, debe tenerse en cuenta la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que propone como EXCEPCIÓN y respecto a las costas, advirtiendo que si se llegase a emitir condena en contra de la entidad, es válido que el Juez se abstenga de condenar en costas.

4. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de julio 2019 (Fol. 1), admitida a través de auto fechado 6 de agosto de 2019, disponiendo lo de ley (Fol. 20). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 3 de marzo de 2020, se fijó fecha depara la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 93), la cual no pudo llevarse a cabo por el estado de emergencia sanitaria decretado a través del Decreto 385 del 12 de marzo de 2020.

Así las cosas, en providencia del 22 de julio de 2020, dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 del 2020, se procedió a correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión de conformidad con numeral 2º del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, haciendo uso de su derecho la parte demandante, quien indica que las pretensiones están llamadas a prosperar, atendiendo a lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación con Radicación Interna No. 1701-2016 del 25 de abril de 2019 (archivo pdf A3.). Por su parte, la entidad demandada se ratifica en las excepciones y en los fundamentos jurídicos expuestos en la contestación de la demanda, aludiendo que el reconocimiento realizado por concepto de prima de antigüedad al actor, se hizo conforme al tenor literal de la norma, actuando en derecho, añadiendo además, que no desconoce el actual precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, solicitando adoptar la decisión que en derecho corresponda (archivo pdf A4.).

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para resolver el presente asunto en primera instancia, atendiendo lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el 70% del salario básico más un 38,5% de la **prima de antigüedad**, debiendo resolverse si el cálculo de dicha prima de antigüedad debe hacerse a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica.

Con miras a resolver la presente controversia, el Despacho abordará el estudio de: **i) Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales ii) Caso Concreto iii) prescripción iv) Actualización v) Condena en costas.**

I) Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales (Extractado de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, del 9 de marzo de 2017 Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14)¹)

Conforme el artículo 2º del Decreto 1794 de 2000, para los soldados profesionales del Ejército Nacional, la prima de antigüedad se reconocería y pagaría de la siguiente manera:

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

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 indicó que la prima de antigüedad sería partida computable de la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, en los siguientes términos:

*“(…) 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. (…)”(subraya y negrea el Juzgado)*

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado indicó²:

*“(…) 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**”.*

¹ Actor: LUIS ANÍBAL CLAVIJO VELÁSQUEZ Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

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 Corporación. (...)”

Con base en este referente jurisprudencial, la sentencia del 9 de marzo de 2017 que se extracta, indicó que acorde con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, debe tenerse en consideración 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.

Disipando cualquier duda que pudiera persistir sobre la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y que en todo caso se debe señalar, por aplicación de principios constitucionales, siempre debe ser la que resulte más favorable a la parte débil de la relación laboral, el Consejo de Estado a través de la sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 radicación **SUJ-015-CE-S2-2019**, fijó como regla de Unificación frente al tema de la prima de antigüedad como factor en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la siguiente:

“ ...

1. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro. (Destaca el Juzgado)

II) CASO CONCRETO

De las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, tenemos lo siguiente:

HECHOS PROBADOS Y MEDIO PROBATORIO		
1	Que mediante Resolución No. 1934 del 12 de marzo de 2019, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Wilson Martínez Parra a partir del 30 de marzo de 2019, tomando como base el salario mensual señalado en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, 1 S.M.L.M.V. incrementado en un 60%. Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad.	Fol. 11-13
2	El 21 de mayo de 2019, el accionante solicitó a la demandada la reliquidación de la asignación de retiro, en lo que respecta a la correcta liquidación de la prima de antigüedad, solicitud que fue atendida desfavorablemente a través del oficio con ID RADICADO DE SALIDA: 1245899 del 6 de junio de 2019.	Fol. 14-16

El señor Wilson Martínez Parra solicita que en la asignación de retiro reconocida, le sea reajustado el porcentaje de prima de antigüedad incluida como partida dentro de la base liquidatoria, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2.004 que a la letra dispone:

“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.”

Conforme al tenor literal del Decreto 4433 de 2004, a efectos de la liquidación de la asignación básica, resulta claro para el Despacho que dicha prestación económica equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1.de la misma norma, **adicionado** con un 38.5% de la prima de antigüedad, que como bien lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia del 9 de marzo de 2017 Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14) antes citada y

lo ratifica en la sentencia de Unificación **SUJ-015-CE-S2-2019**, este último se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Ahora bien, la propia entidad indica al contestar la demanda y en el escrito de alegaciones finales, que la liquidación de la asignación mensual de retiro la viene aplicando así:

Salario Básico= SMLMV (100%) + (Incremento en un 60%) =160%
Prima de Antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

70%= (Sueldo Básico + 38.50% de prima de Antigüedad)

La situación antes descrita, se corrobora también con tarjeta de liquidación que se realiza en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro, esto es la Resolución No. 1934 de 2019, y vista a folio 58 del expediente físico, pues el 38.50% de la prima de antigüedad, es calculado sobre el 70% del sueldo básico.

Al comparar el Juzgado, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, aparece una clara trasgresión de la norma, toda vez que la entidad demandada calcula la prima de antigüedad sobre el 70% del salario básico (smlmv + 60%), lo que va en perjuicio de su derecho, pues no tiene en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual, por lo que se accederá a la pretensión encaminada a obtener la reliquidación de la asignación de retiro con la correcta adición del 38.5% de la prima de antigüedad.

Síntesis de la decisión

Conforme lo analizado, habrá lugar a declarar la nulidad del acto administrativo N° 1245899 del 6 de junio de 2019 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, así como la nulidad parcial de la Resolución No. 1934 del 12 de marzo de 2019, y se ordenará el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, toda vez que la entidad demandada calculó la prima de antigüedad sobre el 70% del salario básico (smlmv + 60%), cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 era sobre el 100% del salario básico (smlmv + 60%).

III) Prescripción

Al resultar prosperas las pretensiones de la demanda correspondiente al cálculo correcto del 38.5% de la prima de antigüedad, se debe estudiar aún de oficio la prescripción, en tanto, se debe dar aplicabilidad al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que establece una prescripción trienal de derechos, por ser el vigente al momento del reconocimiento del derecho a la asignación de retiro del actor.

Así las cosas, tenemos que al extremo accionante se le reconoció el derecho a la asignación de retiro a través de la Resolución 1934 del 12 de marzo de 2019, con efectos fiscales a partir del 30 de marzo de 2019 y se presentó súplica administrativa a fin de obtener la reliquidación de su asignación de retiro el día 21 de mayo de 2019, interrumpiendo así el término de prescripción y la demanda fue presentada el 26 de julio de 2019, por lo que no hay prescripción de ninguna de las mesadas, pues entre estos eventos no alcanzó a completarse el término de 3 años previsto en la norma.

IV) Indexación

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.AC.

V) Condena en costas

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018³, verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la de presentación de alegatos de conclusión escritos.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de **CIEN**

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

MIL PESOS (\$100.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 1934 del 12 de marzo de 2019 y total del oficio N° 1245899 del 6 de junio de 2019, proferidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que reajuste y pague la asignación de retiro del señor Wilson Martínez Parra, teniendo en cuenta la asignación salarial que le corresponde, junto con la respectiva adición de un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la **prima de antigüedad**, en el entendido que el porcentaje dicho factor debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al extremo demandante, el valor de las diferencias que resulten, conforme lo indicado en los dos numerales anteriores, a partir del **30 de marzo de 2019 y en adelante.**

CUARTO: ORDENAR a la entidad accionada que efectúe de manera indexada, los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deberá pagar al demandante.

QUINTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas, se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL; conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de **CIEN MIL PESOS (\$100.000)** por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante. Se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

UNDÉCIMO: Reconózcase personería para actuar como apoderado de la parte demandada, al abogado Juan Manuel Correa Rosero, en los términos del poder otorgado y que obra a folio 8 y s.s. del archivo en formato PDF, denominado A4.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

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: **d95c618486857735dd782b04132d723fabd70e16171f83bae234bf02b5687a3d**

Documento generado en 30/09/2020 03:11:35 p.m.