



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2015-00287-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ BALDOMERO RODRÍGUEZ CÁRDENAS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
Tema: Reliquidación asignación de retiro de soldado profesional y Otros.

Procede el Despacho a dictar el sentencia que en derecho corresponde, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor JOSÉ BALDOMERO RODRÍGUEZ CÁRDENAS en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” radicado con el No. 73001-33-33-004-**2015-00287-00**.

1. Pretensiones (fls. 12 y s.s.)

A través del presente asunto la parte demandante pretende obtener que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015-369 del 06 de enero de 2015, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Entidad demandada a: (i) liquidar la asignación de retiro del demandante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, esto es, un salario mínimo incrementado en un 60%; y a (ii) liquidar la asignación de retiro del demandante en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, tomando el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (Fls. 13 y ss)

1. Que el señor JOSÉ BALDOMERO RODRÍGUEZ CÁRDENAS, ingresó al Ejército Nacional en calidad de Soldado Voluntario, y a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa fue promovido a Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.
2. Que el demandante, durante el tiempo que permaneció como Soldado Voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60%, el cual, le fue cancelado hasta el 31 de octubre de 2003.

3. Que mediante Resolución No. 2048 del 13 de marzo de 2014, la Entidad demandada, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, le reconoció al demandante asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el 40% y aplicándole el 70% tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad.
4. Que mediante petición radicada el día 30 de diciembre de 2014 mediante Radicado 20140132441 el demandante solicitó la reliquidación de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% y el 70% de la asignación básica adicionada con el 38.5% de la prima de antigüedad.
5. Que la anterior petición fue resuelta de manera desfavorable a través del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

3. Contestación de la Demanda

- **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”** (Fls. 43 y s.s.)

La apoderada de la entidad en su contestación se opone a las condenas y a la condena en costas y agencias en derecho, así mismo refiere que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con las disposiciones legales y lo consignado en la hoja de servicios militares del actor.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó *LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES; CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO; INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA EL AUMENTO SOLICITADO 40- 60%; NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Y PRESCRIPCIÓN.*

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 13 de julio de 2015 (fol. 33), correspondió por reparto a éste Juzgado quien mediante auto de fecha 03 de agosto del mismo año, ordenó la admisión de la demanda (Fols. 34 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada - CREMIL contestó la demanda. (fls. 43 y ss).

Luego, mediante providencia del 07 de junio de 2016, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 85), a la cual se le dio inicio el 02 de agosto de 2016 (Fl. 100), habiéndose declarado probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en lo referente a las pretensiones de la demanda; decisión esta que fue revocada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, a través de auto del 17 de agosto de 2017, en la cual, ordenó a su vez vincular a la actuación a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, en calidad de

litisconsorte necesario (Fls. 111 y ss), Entidad que dentro del término conferido contestó la demanda y allegó las pruebas que pretendía hacer valer (fol. 131 y s.s.).

Posteriormente, el 19 de marzo de 2019 se dio continuación a la audiencia inicial, en la cual, se declararon no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y cosa juzgada, propuestas por la apodreada de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, decisión que fue parcialmente revocada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto de fecha 06 de marzo de 2020, por la cual, se declaró prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Seguidamente, el 23 de septiembre de los corrientes, se continuó con la diligencia de audiencia inicial, agotándose la totalidad de sus instancias en legal forma y por no ser necesaria la práctica de pruebas, se prescindió de la audiencia correspondiente, ordenando a las partes presentar sus alegatos de conclusión, indicando que el sentido del fallo sería favorable a las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de las Partes

5.1. Parte Demandante

Reiteró los argumentos de la demanda, y solicitó que se acceda a las pretensiones en atención a la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado, que estableció los parámetros para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, tomando en consideración que la asignación de retiro del demandante no ha sido reajustada de Oficio por la Entidad demandada

5.2. Parte Demandada – CREMIL

Se ratifica en los argumentos vertidos en la contestación de la demanda y solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, en tanto, las actuaciones de la Entidad se encuentran ajustadas a derecho.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un ex empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de acuerdo todo ello con lo previsto en los artículos 104, 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema Jurídico

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer, si: *el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide*

su asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%; computando la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando como base el 70% de la asignación básica a la cual se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

3. Acto Administrativo Demandado

Se trata del acto administrativo contenido en el **Oficio N°. 2015-00369 del 06 de octubre de 2015** por medio del cual se le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro tomando un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 y tomando como base el 70% de la asignación básica adicionada con el 38.5% de la prima de antigüedad.

4. Fondo del Asunto.

Como quiera que el presente asunto encierra en su decisión dos problemas jurídicos, procede el Despacho a efectuar el análisis independiente de cada uno de ellos, en los siguientes términos:

1. ¿El demandante, en su calidad de soldado profesional (r) en disfrute de su asignación de retiro, tiene derecho a que se le incluya en la liquidación de su asignación de retiro, a título de asignación básica, un salario mínimo incrementado en un 60% conforme lo establecido en el Decreto 1794 de 2000?

Con la expedición de la Ley 131 de 1985 se reguló el servicio militar voluntario en Colombia, señalando en el artículo 4º que los soldados voluntarios devengarían una contraprestación por sus servicios, denominada bonificación mensual, la cual sería equivalente a un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, así:

“ARTÍCULO 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.” (Subraya el Juzgado).

Posteriormente, con el ánimo de profesionalizar la carrera militar, el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por la Ley 578 de 2000, profirió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en donde se dispuso que quienes se encontraran vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podrían incorporarse como soldados profesionales a partir del 01 de enero de 2001 y una vez incorporados les sería aplicable íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000.

Los artículos del Decreto 1793 de 2000 que atañen a la situación descrita son los siguientes:

“ARTÍCULO 3. INCORPORACION. *La incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares de Colombia, se hará mediante nombramiento por orden de personal de los respectivos Comandos de la Fuerza, atendiendo a las necesidades de las fuerzas y a la planta de personal que haya sido aprobada por el Gobierno Nacional.*

(...)

ARTÍCULO 5. SELECCION. *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza. En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*

PARAGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.*

(...)

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. *El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.* (Subraya fuera del texto original)

Sin embargo, el Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes se encontraban vinculados como soldados voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre del 2000, dispuso:

“ARTICULO 1º. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (Se destaca).

A través de las Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 de enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, el Ministerio de Defensa Nacional incorporó masivamente a los soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003.

Sobre la interpretación de dicho artículo, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN, con ponencia de la Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez¹, señaló que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, bajo el siguiente tenor literal:

“Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.”

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

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

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

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ sentencia de veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: CE-SUJ2 5001333300220130006001 (3420-2015), Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%." (Subrayado del Despacho).

Así las cosas, de los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia es del caso concluir, que los soldados profesionales que se encontraban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a que su asignación básica sea el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, y no en un 40% como erróneamente lo hizo la entidad demandada.

En el *sub-judice*, se tiene demostrado que el demandante ingresó al Ejército Nacional y su vinculación se ha desarrollado de la siguiente manera²:

Vinculación	Desde	Hasta
Servicio militar	19 de septiembre de 1991	04 de diciembre de 1992
Soldado voluntario	01 de octubre de 1994	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	01 de noviembre 2003	15 de enero de 2014
Tres meses de alta	16 de enero de 2014	16 de abril de 2015

- A partir del 1º de noviembre del 2003, cuando fue incorporado como soldado profesional, el demandante devengó como asignación básica un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.
- Que mediante Resolución No. 2048 del 13 de marzo de 2014, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, reconoció asignación de retiro al demandante a partir del **15 de abril de 2014**.
- Que el 30 de diciembre de 2014, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión del 20%, y tomando el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (Fols. 4 a 6). El 06 de enero de 2015, la petición fue resuelta de forma desfavorable a través del acto acusado.
- Que el 22 de septiembre de 2017, la Dirección de Personal del Ejército Nacional expidió el Complemento de la Hoja de Servicio No. 3-5989287, en la cual se establecieron las siguientes partidas computables para asignación de retiro al momento del retiro:

Descripción	Porcentaje	Valor
SUELDO BÁSICO AÑO 2014	SMLV + 40%	862.400.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	332.024.00

- Que mediante resolución No. 7864 del 20 de marzo de 2018, se ordenó el incremento del 20% de la partida computable de sueldo básico del actor, a partir del **09 de octubre de 2014**, declarando prescritos los valores que resulten del incremento, con más de tres años de anterioridad al 09 de octubre de 2017, fecha en que fue radicado en la Entidad el complemento de la hoja de servicios (fls. 221 a 225).
- Que según el oficio 20193172435731 del 13 de diciembre de 2019, expedido por el Oficial de Nómina del Ministerio de Defensa Nacional, a partir de la **nómina de junio de 2017**, al actor se le tuvo en cuenta el reajuste del 20% sobre su asignación de retiro (fol. 214).

² Fl. 118 del expediente.

Con base en la anterior relación, para este Despacho, el demandante, desde que se incorporó como soldado profesional, 1º de noviembre de 2003, y por haber sido incorporado como soldado voluntario inicialmente, debió recibir como remuneración básica, un salario mínimo incrementado en 60%, en consideración a la prerrogativa que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 otorgó a los soldados voluntarios que se incorporasen como profesionales, por lo que se torna procedente reliquidar la asignación de retiro, teniendo en cuenta el porcentaje mencionado.

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, pues le asiste el derecho al accionante de reajustar su asignación de retiro en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en 40% al momento de incorporarse como soldado profesional) y el monto que debía devengar conforme el art. 1º inciso 2º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en el 60%).

En estos términos, se hace necesario advertir como se precisó antes, que según el oficio 20193172435731 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, **a partir de la nómina de junio de 2017**, al actor se le tuvo en cuenta el reajuste del 20% sobre su asignación de retiro, declarándose la prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 09 de octubre de 2014 por prescripción trienal, esto es, las mesadas causadas con más de tres años de anterioridad al 09 de octubre de 2017, fecha a partir de la cual, la Dirección de Prestaciones del Ejército Nacional allegó el complemento de la Hoja de Servicios.

Frente al particular obra señalar, que de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, los derechos consagrados en dicho Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. **El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.**

Así, una vez revisado el plenario se advierte, que el aquí demandante presentó petición de reajuste de su asignación de retiro tomando un salario mínimo incrementado en un 60%, el día **30 de diciembre de 2014**, en consecuencia de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, se entenderían prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2010, no obstante, como quiera que al demandante se le reconoció asignación de retiro a partir del **15 de abril de 2014, se entiende que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción.**

Así las cosas, para el Despacho es claro que en lo atinente a esta pretensión, previo a la emisión de esta sentencia, la entidad demandada accedió a las súplicas del actor, razón por la cual, en lo que respecta al **restablecimiento del derecho**, el despacho considera que se ha de tener en cuenta lo ya reconocido por la entidad a través de la resolución precitada y ordenará que de no haberlo hecho ya, proceda a cancelar los reajustes ordenados allí, tomando en consideración que dentro del presente asunto no ha operado prescripción de mesadas, en tanto, la solicitud de reajuste fue presentada el día 30 de diciembre de 2014 y la demanda objeto de análisis el 13 de julio de 2015.

2. **¿Le asiste derecho al demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada adicionando al 70 del salario mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme lo prescribe el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?**

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, estableció la forma de liquidar la asignación de retiro para soldados profesionales, de la siguiente forma:

“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.”

El salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., a que hace referencia el artículo anterior, dispone:

“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.”

El mencionado Decreto 1794 de 2000 al establecer el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, señaló:

“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Así las cosas, la **asignación de retiro** de los soldados profesionales corresponde al 70% del salario mensual, adicionado con un **treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.**

En relación con la forma en que debe liquidarse la asignación de retiro y el cálculo del porcentaje de la prima de antigüedad, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00822-00, dispuso:

“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 2015³, 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).

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”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

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.

Posteriormente, en decisión de 23 de junio de 2017, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, Expediente 11001-03-15-000-2017-01058-00, dentro de acción de tutela, reiterando providencia del 9 de marzo de 2017 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, al pronunciarse sobre el reajuste de la asignación de retiro por afectar doblemente la prima de antigüedad, reiteró la anterior posición, aclarando que el porcentaje del 38.5% se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual:

*“En ese orden de ideas, el contenido del 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, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que **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...**”.* (Negritas y subrayas del despacho)

Así las cosas, considera el Despacho que, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales retirados del servicio, debe realizarse a partir de un 70% del salario mensual cuyo resultado se **adiciona** con el 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.

Detallado lo anterior, procede el Despacho a establecer lo probado en el proceso:

- Mediante Resolución No. 2048 del 13 de marzo de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- efectuó el reconocimiento de asignación de retiro al accionante en su grado de **soldado profesional**, por contar con 20 años, 7 meses y 26 días de servicio (fls. 12 a 13)

⁴ 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.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 9 de marzo de 2017. CP. William Hernández Gómez. Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez. Exp. 66-001-23-33-000-2013-00079-01

- Al momento del retiro del servicio, el accionante se encontraba devengando un (1) salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% y devengaba una prima de antigüedad equivalente al 58.50% del sueldo básico (fls.7)

Ahora bien, se realizará por parte del despacho un cuadro comparativo respecto a cómo se realizó la liquidación por parte de la demandada y la liquidación realizada en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO REALIZADA POR CREMIL (Fol. 10)

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2015 + 40%)	\$ 902.090
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BÁSICO x 38.5%)	\$ 347.304
SUBTOTAL	\$1.249.394.95
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	70%
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO	\$ 874.576

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO ESTABLECIDA CON EL DECRETO 4433 de 2004 ARTÍCULO 16:

LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO TOMANDO EL 70% SUELDO BÁSICO MÁS EL 38.5 % DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD DEVENGADA	
SUELDO BÁSICO (SMLMV 2015 + 60%)	\$ 1.030.960
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	\$ 721.672
38.5% DEL 100% DEL SUELDO BÁSICO (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	\$ 396.919
70% DEL SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$ 721.672 + 396.919
TOTAL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL AÑO 2012	\$ 1.118.591

De lo anterior se desprende que la forma en que la Entidad demandada liquidó la asignación de retiro del demandante contraría el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en lo que respecta al cómputo de la prima de antigüedad, razón por la cual, el acto administrativo acusado adolece de nulidad.

Por último es del caso indicar que las sumas causadas como efecto de la liquidación que se ordena deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

Conforme a lo indicado por el H. Tribunal Administrativo del Tolima⁶, también ha de considerarse que al tenor de los lineamientos de nuestro máximo órgano de cierre, es necesario señalar que sobre la inclusión del 20% adicional, se deben realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar. De igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud y demás.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir del **15 de abril de 2014** (Fols. 8 a 9)
2. Que mediante petición de fecha 30 de diciembre de 2014, el accionante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, tomando el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, entre otras (fol. 4 a 6).
3. Que la demanda fue presentada el día **13 de julio de 2015** (fol. 33).

Incremento del salario conforme lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%)

Tal y como se ha señalado en forma recurrente por parte del Consejo de Estado en la sentencia de unificación⁷ teniendo en cuenta que el derecho a obtener la reliquidación nace con lo indicado en el Decreto 1794 de 2000, el término prescriptivo será el establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Así las cosas, como quiera que entre la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y la fecha de presentación de la petición ante el empleador NO transcurrieron más de cuatro (4) años, habrá de señalarse que dicho fenómeno no operó.

Prima de antigüedad

En lo que tiene que ver con la prima de antigüedad, considera el despacho que la norma que ha de aplicarse es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que dispuso:

“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.

⁶ Sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS, diecinueve (19) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), Expediente: 73001-33-33-004-2016-00313-01

⁷ Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ., veinticinco (25) de agosto de 2016, Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

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

De esta manera comoquiera que el derecho en discusión deviene directamente de la disposición contenida precisamente en el artículo 16 del precitado estatuto y que el derecho pensional se consolidó en vigencia de la misma, es claro que es dicha norma la que debe ser aplicada al caso concreto.

Al respecto es importante señalar que en reciente jurisprudencia el H. Consejo de Estado determinó la legalidad de la disposición que se aplica, conforme al siguiente razonamiento⁸:

“98. De esta manera, se infiere que dado que el Ejecutivo es la autoridad que debe fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública dentro del límite de la ley marco, en consecuencia, está investido de la potestad de configuración para señalar en detalle todos los elementos propios del régimen, entendido como el conjunto de normas que regulan esta temática específica, dentro de los cuales habrá algunos de contenido material o sustancial, relativos a las prestaciones como tal y otros de carácter adjetivo, necesarios para el cumplimiento de los anteriores, los que se pueden identificar como aquellos que la jurisprudencia ha denominado como accidentales, dados por elementos tales como condiciones, términos y modos.

99. Así las cosas, resultan claras las precisiones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-432 de 2004, anteriormente señalada, en el sentido de indicar que le corresponde al ejecutivo definir todos aquellos «elementos accidentales y variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación» , relación que solamente contiene algunos de aquellos puntos que tienen la naturaleza de accidentales, dentro del cual se encuentra el término de prescripción del derecho a las mesadas, por tratarse de un aspecto adjetivo relativo a la reclamación para la realización de los derechos consagrados en el régimen especial de la Fuerza Pública”.

Por tanto, habiéndose presentado la petición de reliquidación en data el 30 de diciembre de 2014, menester es indicar que el fenómeno de prescripción trienal no operó en este caso.

Por último es del caso indicar que las sumas causadas como efecto de la liquidación que se ordena (20% y cómputo de la prima de antigüedad en debida forma) deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, diez (10) octubre de dos mil diecinueve (2019), NULIDAD, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015)

Conforme a lo indicado por el H. Tribunal Administrativo del Tolima⁹, también ha de considerarse que al tenor de los lineamientos de nuestro máximo órgano de cierre, es necesario señalar que sobre la inclusión del 20% adicional, se deben realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar. De igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud y demás.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

COSTAS

Se indica finalmente que el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, debido a que no se accede a la totalidad de las pretensiones incoadas de conformidad a lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto 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 del oficio 2015-00369 del 06 de enero de 2015, proferido por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMI-, por las razones anotadas en precedencia.

⁹ Sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS, diecinueve (19) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), Expediente: 73001-33-33-004-2016-00313-01

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL- **que, de no haberlo hecho ya**, proceda a reconocer, reliquidar y cancelar, la asignación de retiro del demandante, tomando como asignación mensual el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40%. El incremento se verá reflejado en las partidas computables. **Sin lugar a prescripción de mesadas**

Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado JOSÉ BALDOMERO RODRÍGUEZ CÁRDENAS, aplicando el 70% de la asignación básica adicionada en un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con la interpretación realizada en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que en el presente asunto no ha operado la prescripción.

QUINTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada.

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza