



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00372-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO RIOS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
Tema: Reliquidación asignación de retiro de soldado profesional.

Procede el Despacho a dictar el fallo 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 **LUIS ALFONSO RIOS** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”** identificado con el Rad. 73001-33-33-004-2019-00372-00.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones:

1) *Declarar la nulidad del Acto Administrativo No. 38513 del 19 de mayo de 2017, mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) negó la liquidación de la asignación de retiro del actor.*

2) *Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) a liquidar la asignación de retiro del actor, aplicando correctamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.*

3) *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.*

4) *Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.*

5) *Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA (Sentencia C-188/ 99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).*

6) *Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.*

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos:

- 1. Que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional por más de 20 años.*
- 2. Que la entidad accionada le reconoció asignación de retiro al actor, con efectividad a partir del 29 de agosto de 2011.*
- 3. Que la asignación de retiro del demandante fue liquidada erróneamente, razón por la cual, el 8 de mayo de 2017, éste solicitó la reliquidación de la misma, a efectos de que se tomara como base de liquidación la establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad, lo cual fue denegado a través del acto acusado.*

3. Contestación de la Demanda

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, afirmando que serían objeto de debate al interior de este proceso y a continuación, analizó los efectos de la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019.

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 27 de septiembre de 2019, correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 8 de octubre de 2019, ordenó la admisión de la demanda.

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 contestó la misma y aportó el expediente administrativo y prestacional del actor.

Luego, mediante providencia del 3 de noviembre de 2020 y en atención a lo previsto en el artículo 13 del Decreto Legislativo 806 del mismo año, se incorporaron las pruebas.

El 23 de noviembre del año en curso, en virtud de la norma citada en el párrafo anterior, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, habiendo hecho uso de este derecho exclusivamente la parte demandante, la cual, reiteró los argumentos esbozados en el libelo genitor, a efectos de obtener un fallo favorable a sus pretensiones.

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

Se deberá establecer, *si el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reliquide su asignación de retiro, 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, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho.*

3. Acto Administrativo Demandado

Se trata del contenido en el **Oficio N° 38513 del 19 de mayo de 2017**, por medio del cual se le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro.

4. Fondo del Asunto.

Se circunscribe a determinar si ¿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?

Al respecto, sea lo primero indicar que 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 2015¹, 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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

*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".

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."².

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 Estado³, 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

² 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.

³ 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

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. 3566 del 22 de julio de 2011, 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, 02 meses y 6 días de servicio, efectiva a partir del 30 de agosto de 2011. (Fl. 19 y ss del expediente digital).
- 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 58.5%. del sueldo básico. (Fl. 85 cuaderno principal - del expediente digital).

Ahora bien, se realizará por parte del despacho un cuadro comparativo respecto a cómo se realizó la liquidación por parte de la demandada (folio 30 cuaderno principal -expediente digitalizado) 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

SUELDO BÁSICO (SMLMV 2011 + 40%)	\$ 749.840
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (70% SUELDO BÁSICO x 38.5%)	\$ 288.688
70%	\$1.038.528
TOTAL	\$ 726.969

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 2011 + 40%⁴)	\$ 749.840
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%
SUBTOTAL	\$ 524.888
38.5% DEL 100% DEL SUELDO BÁSICO (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)	\$ 288.688
SALARIO BÁSICO MÁS 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD	524.888 + 288.688
TOTAL	\$ 813.776

⁴ El porcentaje adicionado no se encuentra en discusión en el presente asunto.

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.

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. 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.

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 30 de agosto de 2011.
2. Que mediante petición de fecha 8 de mayo de 2017 el accionante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro.
3. Que la demanda fue presentada el día 27 de septiembre de 2019.

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.

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 razonamiento⁵:

“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 08 de mayo de 2017, y como quiera que entre la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y la fecha de presentación de la petición ante el empleador transcurrieron más de 3 años, en el *sub lite* hay lugar a declarar prescripción de todas aquellas diferencias causadas antes del **8 de mayo de 2014**.

⁵ 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)

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", incluyendo en la liquidación el valor de \$ 170.000.00 equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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 del acto administrativo distinguido como **Oficio N°. 38513 del 19 de mayo de 2017**, proferido por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL – CREMIL-, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, reconocer, reliquidar y cancelar la asignación de retiro del Soldado Profesional retirado LUIS ALFONSO RIOS, 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.

TERCERO: DECLARAR que en el presente asunto ha operado la prescripción de todas aquellas sumas a que hubiera lugar reconocer, causadas con anterioridad al 8 de mayo de 2014.

CUARTO: 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.

QUINTO: CONDENAR en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del accionante, la suma de \$ 170.000.00. Por Secretaría, liquidense.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00372-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO RIOS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Sentencia de Primera Instancia

SEXTO: 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