



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado Nro.: **73001-33-33-005-2020-00127-00**  
Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Jesús Albeiro Vargas Montoya**  
Demandado: **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"**

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante auto del 27 de agosto de 2021 (renglón 34 expediente digital) sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho<sup>1</sup> profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

### Antecedentes.

#### La demanda:

El señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

#### Declaraciones y condenas:

1. *"Se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo expedido por la demandada por medio el cual se le negó al demandante el derecho aquí demandado.*
2. *Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reajustar la asignación de retiro del demandante Jesús Albeiro Vargas Montoya, teniendo en cuenta la fórmula ordenada por el Consejo de Estado en la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Consejero Ponente William Hernández Gómez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares página 97 y 98 ordinales 13, 3, 298, 299, 300, 301, 302 y 303, que es la siguiente: Asignación básica mensual incrementado en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004) + 38.5% (Prima de Antigüedad) = Asignación de Retiro.*
3. *Que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) a pagar al demandante la reliquidación de la Asignación de Retiro del demandante conforme*

<sup>1</sup> Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del "Estado de Emergencia económica, social y ecológico" decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente "coronavirus"; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

a la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado en relación con este tema.

4. Que el valor de la diferencia resultante dejada de pagar se indexe de conformidad con lo señalado en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.
5. Que se condene a la demandada a reconocer y pagar Intereses Moratorios, respecto de las diferencias resultantes dejadas de pagar, desde la ejecutoria de la sentencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.
6. Que se condene en costas a la demandada de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011(renglón 3, fls. 2 a 4 del expediente digital)."

## Hechos:

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, narró los siguientes:

1. Que el señor Jesús Albeiro Vargas Montoya, por haber prestado sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Profesional por más de 20 años, le fue reconocido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la Asignación Mensual de Retiro, liquidándola con el 70% del sumatorio total del sueldo básico más la prima de antigüedad, efectiva a partir del 29 de agosto de 2011.
2. Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro del peticionario, incurre en un error al realizar una operación matemática consistente en sumar el Sueldo Básico de mi representado, con el 38.5% de la Prima de Antigüedad, resultado al que le aplicó el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%, así: Asignación de Retiro= 70% (sueldo básico + 38.5% (Prima de Antigüedad), no obstante, dicha fórmula no fue aceptada por la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado, Sección Segunda, en la Sentencia del 25 de abril de 2019 Consejo Ponente William Hernández Gómez, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenando en el punto 13.3, 298, 299, 300, 301, 302 y 303, que es la siguiente:  
"Asignación básica mensual, incrementado en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004) + 38.5% (Prima de Antigüedad) = Asignación de Retiro".
3. Que inconforme el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante petición presentada el día 14 marzo de 2016 el reajuste de su asignación de retiro, bajo la fórmula: 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle el 38.5% correspondiente a la Prima de Antigüedad, por serie más favorable, obteniendo como respuesta la negación del derecho, mediante el acto ficto o presunto negativo, con sustento en argumentos que no comulgan con el principio de favorabilidad, contemplado en el artículo 53 de la constitución política, y que es de obligatoria aplicación en los asuntos pensionales y laborales."
4. El demandante devenga hoy en día, asignación mensual de retiro con los que tiene que mantener a su esposa y a sus hijos menores de edad, vive en un barrio estrato 2, razón por la cual es una persona de muy bajos recursos, de ahí que se vea afectado su mínimo vital con la negativa del derecho aquí demandado su Asignación de Retiro de manera desfavorable (renglón 3, fls. 2 a 4 del expediente digital)."

## Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho cita los artículos 4 de la Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004, artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, Ley 1211 de 1990 y los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29 42, 43, 53, 121 a 123 y 209 de la Constitución Política.

Expresó que la entidad demandada ha menoscabado las disposiciones que regulan lo relativo al régimen laboral del demandante, pues ha dejado de emplear la normatividad aplicable al caso en concreto, ha desconocido lo reglado en el Decreto

4433 de 2004, al aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, es decir, la demandada al realizar la liquidación, suma el sueldo básico más el 38.5% de la suma de antigüedad, resultado al que le aplica el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%, cuando para los soldados profesionales que cumplieran 20 años de servicio, el derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares les pague una asignación de retiro, equivalente al 70% del salario básico indicado en el numeral 12.2.1., adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

### **Trámite procesal.**

La demanda se presentó el 8 de julio de 2020 (renglón 2 expediente digital), mediante auto de fecha 4 de septiembre de 2020 se requirió a la Dirección de Personal – Sección Nómina del Ejército Nacional (renglón 5 expediente digital), para que se certificará el lugar donde prestó por última vez sus servicios el S.P. Jesús Albeiro Vargas Montoya, quien se identifica con la cédula de ciudadanía Nro. 79.207.530 de Soacha.

Establecido que este Despacho era competente por factor territorial para conocer del asunto, con proveído de fecha 9 de octubre de 2020, se inadmitió la demanda a fin de que fueran subsanados los defectos allí anotados (renglón 2 expediente digital). Subsanaos los mismos, se admitió la demanda ordenándose la notificación a la entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (renglón 15 expediente digital).

Surtida en debida forma la notificación a las partes (renglón 22 expediente digital), de la constancia secretarial obrante a folio 24 del plenario, se evidencia que, dentro del término para contestar la demanda de la referencia, contesto la demanda y propuso excepciones.

### **Contestación entidades demandadas.**

#### **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "Cremil".**

Oponiéndose a las pretensiones y los hechos, toda vez que son objeto de debate, señala que mediante Resolución No. 4069 del 6 de septiembre de 2011, le fue reconocido al demandante la asignación de retiro, a partir del 30 de agosto de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 3 meses y 6 días. Con escrito recibido y radicado Nro. 21163 de 14 de marzo de 2016, el actor instauró derecho de petición, solicitando se reliquide la partida computable conocida como prima de antigüedad adicionando esta partida en un 38.5%, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, no obstante, mediante Oficio Nro. 19582 del 1 de abril de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se pronunció respecto de las pretensiones, no accediendo a ellas.

Señala que la correcta aplicación, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia aplicable, es el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual. En otras palabras, sé debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se lo debe sumar el 38.55% de la prima de antigüedad, otra definición diferente, señala no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria

del salario mensual adicionado con el 38,5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

Finalmente, advierte que la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación, por lo que la Entidad al dar contestación a la demanda, aportar los antecedentes del Acto Administrativo demandado, acudir oportunamente a realización de la audiencia inicial, no realizar actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento y habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial, solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho a la representada por el vocero judicial de la entidad.

Como medios exceptivos, propone **i. Correcta aplicación de la fórmula de la liquidación de la asignación de retiro, en donde arguyó que la entidad venía calculando la asignación de retiro de la siguiente forma** salario + prima de antigüedad \*70%, pero que de conformidad con lo establecido por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro es: salario \*70% + salario \*38.5% = asignación de retiro, **ii. aplicación de la reliquidación de prima de antigüedad establecida en la sentencia de unificación por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, al estimar que, para dar cabal cumplimiento a lo ordenado por aquella Corporación, los Soldados e Infantes de Marina que consideren que tienen derecho a la reliquidación de la asignación de retiro, deberán hacer uso del mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de la ley 1437 de 2011, **iii. legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes**, por cuanto considera que las actuaciones realizadas por la CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, y porque la entidad ha actuado con apego a la ley, profiriendo actos administrativos amparados bajo la presunción de legalidad; razón por la cual solicitó al Despacho desestimar las súplicas de la demanda y **iv. prescripción del derecho**, en donde advierte que el derecho de petición en la actuación administrativa fue presentado por el demandante el 14 de marzo de 2016, lo cual se debe tener en consideración para establecer la prescripción trienal o cuatrienal según corresponda (renglones 56 a 82 expediente digital).

### **La audiencia inicial.**

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con la Ley 2080 de 2021 que modificó la Ley 1437 de 2011, facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 17 de agosto de 2021 (renglón 28 expediente digital), se realizó el debido control de legalidad, se resolvió sobre las excepciones, se adecuó el procedimiento en lo atinente a las pruebas, incorporándose las allegadas con la demanda y su contestación,

decretándose las pruebas conducentes, pertinentes y útiles, se fijó el litigio y se reconoció personería jurídica a la parte demandada.

Así las cosas, mediante proveído del 27 de agosto de 2021 (renglón 34 expediente digital), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. En consecuencia, de la constancia secretarial obrante a folio 40 del plenario digital, se advierte que dentro del término concedido, la parte demandante y la entidad demandada - CREMIL, allegaron escrito.

### **Alegatos de Conclusión**

#### **Parte demandante.**

Señalando que existe sentencia de unificación sobre el tema aquí controvertido, a través de la sentencia proferida el día 25 de abril de 2019, por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, indica que al calcular dicha Corporación la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad, es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho, por lo que cita que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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, pues precisa que, conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60% (renglones 35 y 36 expediente digital).

#### **Parte demandada.**

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda como quiera que del análisis de la sentencia de unificación, se extrae que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así: (Salario+ prima de antigüedad) \* 70%=Asignación de Retiro, no obstante se hace uso de los efectos del mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 (renglones 37 a 39 expediente digital).

#### **Ministerio Público.**

Guardo silencio.

### **Consideraciones.**

#### **Competencia.**

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. del P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

#### **Problema jurídico.**

Corresponde al Despacho determinar ¿si el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** tiene derecho a que le sea reliquidada o reajustada su asignación de retiro con el 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad

con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado Nro. 20160021163-0000000-000 del 14 de marzo de 2016 está ajustado o no a derecho?

### **Tesis parte demandante**

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto está viciado de nulidad por encontrarse mal liquidado, debido a una errónea interpretación de la Ley que regula el reconocimiento de la prima de antigüedad, al aplicar un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, es decir, la demandada al realizar la liquidación, suma el sueldo básico más el 38.5% de la suma de antigüedad, resultado al que le aplica el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%, cuando para los soldados profesionales que cumplieran 20 años de servicio, el derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares les pague una asignación de retiro, equivale al 70% del salario básico indicado en el numeral 12.2.1., adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

### **Tesis parte demandada**

El acto administrativo demandado se ajusta a la Ley y a la Constitución Nacional, como quiera que, el mismo se expidió con las normas que debía fundarse y las que regulaban el caso en concreto para la fecha de su reconocimiento, señalando que la liquidación de la prestación aludida se extrae de los efectos del mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y cuya interpretación señala es: el salario que debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así: (Salario + prima de antigüedad) \* 70%=Asignación de Retiro, no obstante se hace uso (renglones 37 a 39 expediente digital).

### **Tesis del Despacho**

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación a la misma, los alegatos de conclusión y los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, en el presente caso se accederá a las pretensiones de la demanda de acuerdo con el criterio de unificación emitido por el Consejo de Estado frente al tema, resultando viable el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro, aplicando el 70% de la asignación básica y posteriormente sumando el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

### **Marco Normativo.**

#### **De la nulidad y restablecimiento del derecho.**

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1)

**impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecuenencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deprecia la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado Nro. 20160021163-0000000-000 del 14 de marzo de 2016 y mediante el cual CREMIL negó el reajuste de su asignación de retiro con inclusión del 38.5% de la prima de antigüedad, acto por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó condenar a la entidad demandada CREMIL a liquidar la asignación de retiro del demandante, 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 adicionada por el 38.5% de la prima de antigüedad; lo anterior, teniendo en cuenta la fórmula ordenada por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado<sup>2</sup> ha advertido al respecto:

*“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce<sup>3</sup>, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley<sup>4</sup>, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal<sup>5</sup>, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción<sup>6</sup>.*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

<sup>3</sup> GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

<sup>4</sup> Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1° del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

<sup>5</sup> Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

<sup>6</sup> Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral<sup>7</sup>, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.*

*En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué." El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.*

### **Marco Normativo y Jurisprudencial.**

#### **De la prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.**

Sea lo primero precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 217 *ibidem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en litigio, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

Posteriormente y con el propósito de profesionalizar a todos los soldados que agrupan las Fuerzas Militares del país, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1793 del año 2000**, "mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", normativa que definió quienes eran soldados profesionales, estableciendo su sistema de incorporación, los requisitos para la incorporación e instituyendo además un régimen de transición, para aquellos soldados que fueron vinculados mediante la ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que expresaran su intención de incorporarse como profesionales, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicho decreto, pero respetándoseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieron al momento de la incorporación al nuevo régimen.

---

Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

<sup>7</sup> Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad "unilateral" de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Se citan en lo pertinente las siguientes preceptivas:

*"Artículo 1. Soldados profesionales. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas (...)."*

(...)

*"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*

(...)

*"Artículo 42. Ámbito de aplicación. 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."*

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone lo relativo a las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia del personal de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

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

*13.1 Oficiales y Suboficiales:*

*13.1.1 Sueldo básico.*

*13.1.2 Prima de actividad.*

*13.1.3 Prima de antigüedad.*

*13.1.4 Prima de estado mayor.*

*13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto.*

*13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

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

*13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

*13.2 Soldados Profesionales:*

*13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.*

*13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

*PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales."*

Atendiendo la normatividad en comento, se colige que las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia de los soldados profesionales, corresponde al salario mensual y a la prima de antigüedad.

A su turno, 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 gozarían los 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 al porcentaje de inclusión de la prima de antigüedad, el artículo 18 del mentado decreto, reza:

**"ARTÍCULO 18.** *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

*18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.*

*18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.*

*18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).*

*El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:*

*18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.*

*18.3.2 Ochenta y seis puntos tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.*

*18.3.3 Sesenta y nueve puntos uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.*

*18.3.4 Cincuenta y siete puntos seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.*

*18.3.5 Cuarenta y nueve puntos tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.*

*18.3.6 Cuarenta y tres puntos dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.*

*18.3.7 El treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante."*

Ahora bien, respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado indicó<sup>8</sup>:

*"(...) 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*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 29 de abril de 2015, Consejero Ponente: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, radicado 11001-03-15-000-2015-00801-00.

*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. (...)"*

Así las cosas, se tiene que para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, debe tenerse en cuenta 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.

#### **Caso concreto.**

Está acreditado en el proceso que el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** prestó sus servicios a favor del Ejército Nacional como:

- i) Soldado regular prestando el servicio militar obligatorio, desde el 22 de marzo de 1990 al 14 de septiembre de 1991.
- ii) Soldado voluntario desde el 1 de octubre de 1992 al 31 de octubre de 2003.
- iii) Soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 30 de mayo de 2011 (renglón 29, fls. 5 y 6 expediente digital).

De acuerdo con lo anterior, el tránsito del demandante de soldado regular a soldado profesional, está regulado por el artículo 1º inciso 2º. del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Así mismo, de acuerdo con la hoja de servicios Nro. 3-79207530 del 13 de junio de 2011 obrante a folios 5 y 6, renglón 29 del expediente digital, se evidencia que el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** devengó en su último año de servicio, los siguientes haberes:

- Sueldo básico: \$749.840.
- Subsidio familiar 4% \$468.650.
- Prima de antigüedad soldado profesional (58.50%): \$438.656,40.
- Seguro de vida subsidiado: \$10.116.
- Adic. Bonificación orden público soldado PF (25%): \$187.460.

Adicionalmente, se demostró que mediante la Resolución Nro. 4069 del 6 de septiembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconoció asignación de retiro al señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya**, tras laborar en la institución durante 20 años, 3 meses y 6 días en cuantía del 70% del salario, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva a partir del 30 de agosto de 2011 (fls. 20 a 22, renglón 29 expediente digital).

En consecuencia, para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se tuvieron en cuenta las siguientes partidas:

- Sueldo básico en cuantía de \$749.840,00.
- Prima de antigüedad (38.5%): \$288.688,40 (fls. 44 y 49, renglón 29 expediente digital).

De igual manera, se encuentra acreditado que mediante petición radicado Nro. 20160021163 del 14 de marzo de 2016, el actor solicitó ante CREMIL el reajuste de la asignación de la asignación de retiro con base en lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto - Ley 1794 de 2000 (fls. 16 a 19, renglón 3 y expediente digital).

De acuerdo con la contestación de la demanda y lo acreditado a folios 79 y 80, renglón 29 del expediente digital, obra oficio Nro. 2016-19582 del 1 de abril de 2016, mediante el cual el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL, denegó la solicitud de reliquidación de "(...) *la partida computable conocida como prima de antigüedad adicionado esta partida en un 38.5% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (fl. 1 renglón 23 expediente digital)*", al considerar que "*la liquidación para el pago de la asignación de retiro, es cumplida por esta entidad a cabalidad y de acuerdo a lo dispuesto en la normatividad (fls. 79 y 80, renglón 29 expediente digital).*"

No obstante, advierte el Despacho que si bien es cierto con el expediente administrativo se allegó el oficio mediante el cual se pretendía dar respuesta a la solicitud elevada, también lo es que, dentro del mismo no obra constancia de comunicación y/o notificación del oficio Nro. 2016-19582 del 1 de abril de 2016 al demandante, configurándose con ello, el acto ficto o presunto, al no haberse dado publicidad al acto, ni haberse realizado por la entidad demandada manifestación alguna sobre ello.

Por lo anterior, se encuentra acreditada la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por la parte demandante a través del **radicado Nro. 20160021163 del 14 de marzo de 2016**; solicitud de la cual no se recibió respuesta por parte de la entidad demandada, aún al momento de presentación de la demanda el 8 de julio de 2020 (renglón 2 expediente digital).

Ahora bien, al encontrarse acreditado que el demandante ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario y posteriormente, fungió como **soldado profesional**, deprecia el reajuste del porcentaje de la prima de antigüedad incluida como partida dentro de la base liquidatoria de su asignación de retiro en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor literal 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."*

De la norma en cita se evidencia que dicha prestación económica equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, **adicionado** en un 38.5% de la prima de antigüedad, señalando que este último se obtiene partiendo del 100% del salario mensual conforme lo decantó el H. Consejo de Estado en la sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicado 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14).

De igual manera, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019,<sup>9</sup> frente a la forma de liquidar la prestación deprecada en el medio de control de la referencia, indicó:

*"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."*

Pese a lo anterior, se advierte que CREMIL efectuó la liquidación de la asignación mensual de retiro del demandante de la siguiente manera:

$$\frac{\text{Salario Básico} = \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) = 140\%}{\text{Prima de Antigüedad} = 38.5\%}$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de prima de Antigüedad})$$

Así mismo, de la liquidación obrante a folio 49, renglón 29 del plenario digital, aportada con el escrito de demanda, el Despacho evidencia lo siguiente:

Concepto	Total CREMIL	Concepto	Total Despacho
<b>Sueldo Básico</b> s.m.m.l.v.	\$749.840,00	<b>Sueldo Básico</b>	\$749.840,00
<b>Prima de Antigüedad</b> 38,50%	\$288.688,40	<b>Porcentaje Liquidación</b> 70%	\$524.888,00
<b>SUBTOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$1.038.528,40	<b>Prima de Antigüedad</b>	\$288.688,40
<b>Porcentaje Liquidación</b> 70%	\$726.970,00		
<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$726.970,00	<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$813.576,04

Con posterioridad al reconocimiento pensional y a la liquidación de la primera mesada, mediante Resolución Nro. 6333 del 7 de septiembre de 2016 (fls. 135 y 136,

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, Radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, Demandante: Julio Cesar Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ.

renglón 29 expediente judicial) *“por la cual se da cumplimiento a la sentencia de fecha 3 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que ordenó reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor Soldado Profesional (RA) del Ejército Jesús Albeiro Vargas Montoya, teniendo en cuenta el subsidio familiar como partida computable en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro del servicio activo”*, se realizó a folio 141 del renglón 29 del expediente digital, la siguiente liquidación:

Concepto	Total CREMIL	Concepto	Total Despacho
<b>Sueldo Básico</b> s.m.m.l.v. + 40%	\$965.237,00	<b>Sueldo Básico</b> s.m.m.l.v. + 40%	\$965.237,00
<b>Subsidio Familiar</b> 62.50%	\$603.273,13	<b>Porcentaje Liquidación 70%</b>	\$675.666
<b>Prima de Antigüedad</b> 38,50%	\$371.616,25	<b>Prima de Antigüedad</b> 38,50%	\$371.616,24
<b>SUBTOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$1.940.126,37	<b>Subsidio Familiar 62.50%</b>	\$603.273,13
<b>Porcentaje Liquidación</b> 70%	\$1.358.088		
<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$1.358.088	<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>	\$1.650.555,37

Nuevamente, con ocasión a la expedición de la Resolución Nro. 13139 del 4 de mayo de 2018 (fls. 149 a 152 renglón 29 del expediente digital) *“por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional (R) del Ejército Jesús Albeiro Vargas Montoya identificado con Cédula de Ciudadanía Nro. 79.207.530 de Soacha”*, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “Cremil”, reliquidó en el año 2018, nuevamente, la asignación de retiro, para ello tuvo en cuenta (fl. 144 renglón 29 del expediente digital):

Concepto		Total CREMIL	Total Despacho
<b>Sueldo Básico</b>	s.m.m.l.v. + 60%	\$1.249.988,00	\$1.249.988,00
<b>Porcentaje Liquidación</b>	70%	\$874.992,00	\$874.992,00
<b>Prima de Antigüedad</b>	38,50%	\$336.872,00	\$481.245,38
<b>Subsidio Familiar</b>	62.50%	\$546.870	\$546.870,00
<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>		\$1.358.088	\$1.903.107,38

Así las cosas, se advierte que la entidad demandada en las diversas ocasiones en que debió reliquidar la mesada de retiro, no observó el postulado del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ni las sentencias de unificación proferidas por el H. Consejo de Estado, como quiera que debió liquidar la asignación de retiro del demandante con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad,

1ª Instancia - Sentencia  
Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2020-00127-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Jesús Albeiro Vargas Montoya  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

procedimiento que no acató estrictamente, otorgando al precepto legal un sentido o interpretación que no correspondía a su tenor literal, pese a que éste no ofrecía lugar a duda; razón por la cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá reconocer y pagar al demandante los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja del reajuste de su asignación de retiro, al incluir el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la petición radicada bajo **Nro. 20160021163 del 14 de marzo de 2016 y configurado el 14 de junio de 20216**, por medio del cual el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** solicitó por intermedio de apoderado judicial a la entidad demandada el reajuste de la asignación de retiro percibida por el demandante sin el reajuste del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Así mismo, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada, a reliquidar la asignación de retiro reconocida al demandante aplicando el 70% de la asignación básica y posteriormente sumando el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Igualmente, se ordenará a CREMIL realizar el reajuste de la base pensional a partir del **30 de agosto de 2011**, fecha en que se hizo efectivo el reconocimiento de la asignación de retiro.

La entidad demandada deberá efectuar 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.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los parámetros legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, 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.

Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mes y concepto, en cuanto a su diferencia insoluta.

Bajo la anterior orientación y como quiera que se demostró la ilegalidad del acto administrativo demandado, corresponderá declarar no probadas las excepciones denominadas: *"Correcta aplicación de la fórmula de la liquidación de la asignación de*

1ª Instancia - Sentencia  
Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2020-00127-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Jesús Albeiro Vargas Montoya  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

*retiro, en donde arguyó que la entidad venía calculando la asignación de retiro, aplicación de la reliquidación de prima de antigüedad establecida en la sentencia de unificación por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes", propuestas por la entidad demandada CREMIL.*

### **Prescripción.**

El Decreto 1211 de 1990<sup>10</sup> establece en el artículo 174 que los derechos consagrados en ese estatuto, prescriben en 4 años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles y que el reclamo escrito sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

De igual manera, del escrito de alegatos de conclusión se puede evidenciar que la parte actora deprecó al Despacho no tener en cuenta la prescripción trienal de las mesadas de conformidad con artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que el demandante al ingresar como soldado voluntario el 1 de julio de 1995 y posteriormente ingresar como soldado profesional el 1 de noviembre de 2003, se encuentra cobijado por el Decreto 1211 de 1990.

No obstante frente a los argumentos esbozados por el apoderado judicial del accionante, resulta forzoso destacar que pese a que la sentencia de unificación dictada por el Honorable Consejo de Estado<sup>11</sup>, fue clara en permitir la aplicación de la prescripción cuatrienal contemplada en el Decreto 1211 de 1990, la aludida Corporación en recientes pronunciamientos<sup>12</sup> aclaró que en casos como el que ocupa la atención del Despacho, se debe dar aplicación al término de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor literal señala:

*"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.*

*Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso."*

<sup>10</sup> Por el cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"

<sup>11</sup> Ver **Sentencia de Unificación** CE-SUJ2 No. 003/16, fechada el 25 de agosto de 2016, radicado CE-SUJ2 85001-33-33-002-2013-00060-01, número interno 3420-2015, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, **Tema: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que se incorporaron como soldados profesionales, en aplicación del inciso 2 del artículo 1 del decreto reglamentario 1794 de 2000, donde se dispuso:** "Así las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 13 de abril de 2008, toda vez que, como quedó visto en el expediente, éste formuló su reclamación en sede gubernativa, el 13 de abril de 2012; ello en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, tal como lo ordenó el juez de instancia...".

<sup>12</sup> Para tal efecto, ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencias del 10 de octubre de 2019, Radicados 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado, 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015) y aclaración en el radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). C.P William Hernández Gómez.

En consecuencia, como la petición de reajuste de la pensión de invalidez se presentó ante la entidad demandada el 14 de marzo de 2016, es dable concluir que al accionante le ha prescrito el derecho de percibir suma alguna por concepto de reajuste de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de marzo de 2013 y por ende, el reconocimiento de las sumas que resulten del reajuste de su mesada deberá hacerse a partir de esta fecha.

#### **Interés Moratorio.**

Se reconocerá y pagará, siempre que concurren los supuestos de hecho del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

#### **Cumplimiento de la sentencia.**

Se atenderá conforme a las previsiones del artículo 192 *ibídem*, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la entidad demandada.

#### **Compulsa de copias.**

Compulsar copias a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, por el eventual detrimento patrimonial en el que pudo incurrir la entidad con el pago de la presente condena, como consecuencia de los servidores públicos que reajustaron la asignación de retiro, contraria a la ley.

#### **Condena en costas.**

En atención a lo ordenado por el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A. y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del C.G. del P. aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A., y el contenido del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por haber resultado vencida dentro del presente asunto, se condenará en costas a la parte demandada CREMIL.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, " ... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado".

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

**"1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.**

***En única instancia.***

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

***En primera instancia.***

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
  - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
  - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

***En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."***

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", la suma de \$40.000, equivalentes al 4% de lo pedido, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

De conformidad con el poder allegado a renglón 38 del expediente digital, procederá el Despacho a reconocer personería adjetiva al abogado Gustavo Adolfo Uribe Hernández, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.110.460.953 de Ibagué (Tol.) y T.P. Nro. 228.274 del C. S. de la J., para actuar como apoderado judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en los términos y para los efectos del poder conferido por el Mayor General (RA) Leonardo Pinto Morales en su calidad de representante legal y director de la entidad. Lo anterior, con el fin de tener por rendidos los alegatos y actuaciones siguientes.

**Decisión:**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**Resuelve:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones denominadas "*Correcta aplicación de la fórmula de la liquidación de la asignación de retiro, en donde arguyó que la entidad venía calculando la asignación de retiro, aplicación de la reliquidación de prima de antigüedad establecida en la sentencia de unificación por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes*" propuestas por la entidad demandada CREMIL, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** a través del radicado **Nro. 20160021163 del 14 de marzo de 2016**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

1ª Instancia - Sentencia  
Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2020-00127-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Jesús Albeiro Vargas Montoya  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

**TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la petición con radicado 20160021163 del 14 de marzo de 2016 y configurado el 14 de junio de 20216**, por medio del cual el señor **Jesús Albeiro Vargas Montoya** solicitó por intermedio de apoderado judicial a la entidad demandada el reajuste de la asignación de retiro percibida por el demandante sin el reajuste del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, con base con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro que devenga el señor Jesús Albeiro Vargas Montoya, aplicando el 70% de la asignación básica y posteriormente sumando el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 a que tenía derecho el demandante a partir del 30 de agosto de 2011 (fecha de efectividad de la asignación de retiro).**

Las sumas reconocidas deberán actualizarse tal como se dejó precisado en las consideraciones de esta sentencia.

**QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de \$40.000 a favor de la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta sentencia.**

**SEXTO:** Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

**SÉPTIMO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, respecto de las sumas causadas con anterioridad al 14 de marzo de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.**

**OCTAVO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.**

**NOVENO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G. del P.

**DECIMO:** Reconocer personería adjetiva al abogado Gustavo Adolfo Uribe Hernández, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.110.460.953 de Ibagué (Tol.) y T.P. Nro. 228.274 del C. S. de la J., para actuar como apoderado judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en los términos y para los efectos del poder conferido por el Mayor General (RA) Leonardo Pinto Morales en su calidad de representante legal y director de la entidad. Lo anterior, con el fin de tener por rendidos los alegatos y actuaciones siguientes.

**DECIMO PRIMERO:** Compulsar copias a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, por el eventual detrimento patrimonial en el que pudo incurrir la entidad con el pago de

1ª Instancia - Sentencia  
Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2020-00127-00  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Jesús Albeiro Vargas Montoya  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

la presente condena, como consecuencia de los servidores públicos que reajustaron la asignación de retiro, contraria a la ley.

**DECIMO SEGUNDO:** Una vez en firme la presente providencia, archívese el expediente.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase<sup>13</sup>.**

El Juez,



**José David Murillo Garcés**

---

<sup>13</sup> **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.