

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL (Art. 180 C.P.A.C.A.).

Tunja, treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)

**Jueza: Clara Piedad Rodríguez Castillo**  
**Expediente: 15001333300920170001000**  
**Demandante: OSWALDO TOCHE LEÓN**  
**Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**  
**Sala de Audiencias: B2-2**  
**Hora de inicio: 09:00 AM.**

Previo a dar inicio a la presente se le advirtió a las partes las pautas a seguir en el desarrollo de la presente audiencia inicial.

**1.- ASISTENTES:**

**1.1.-PARTE DEMANDANTE:**

**APODERADO:**

NOMBRE: **Dra. LAURA MARCELA HENAO JAIMES**, identificado con C.C. No. 1.032.459.103 y T.P. No. 283.051 del C. S. de la J.

**1.2.- PARTE DEMANDADA: CREMIL**

No se hizo presente a pesar de encontrarse debidamente notificada.

**1.3.- MINISTERIO PÚBLICO**

NOMBRE: **MARITZA ORTEGA PINTO** PROCURADORA 68 JUDICIAL 1 EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.

**1.4.- TERCEROS INTERVINIENTES**

NO EXISTEN

**INASISTENCIAS, EXCUSAS Y RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA.**

No se solicitó aplazamiento para la realización de la presente audiencia, ni se presentaron excusas y los apoderados de las partes se encuentran presentes.

El despacho deja constancia de la inasistencia del apoderado de la parte demandada y del representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de encontrarse debidamente notificados.

Procede el Despacho a reconocer personería a la **Dra. LAURA MARCELA HENAO JAIMES**, identificado con C.C. No. 1.032.459.103 y T.P. No. 283.051 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de la parte demandante, en los términos del poder de sustitución conferido y aportado en audiencia.

Igualmente, el Despacho reconoce personería al **Dr. RICARDO MAURICIO BARÓN RAMÍREZ**, identificado con C.C. No. 79.841.755 y T.P. No. 248.626 del C.S. de la J., para

actuar como apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en los términos del poder conferido visto a folio 115.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

## **2.- SANEAMIENTO DEL PROCESO - DIRECCION TEMPRANA**

La juez le concede el uso de la palabra a los apoderados para que manifiesten si en el trámite del proceso se han detectado vicios que impidan dictar sentencia de fondo, manifestándosele de antemano que limiten su intervención a los específicos puntos que se relacionen con el saneamiento del proceso:

Las partes no hicieron manifestación alguna.

Por su parte el Despacho tampoco encuentra vicios o irregularidades que impidan dictar decisión de fondo, y en este sentido, las existentes hasta esta etapa quedan saneadas y solo podrán alegarse las que se originen con posterioridad a este momento por hechos nuevos, o que sean de aquellas de naturaleza insaneable.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

## **3- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS.-**

A continuación procede el despacho a resolver las excepciones previas y las previstas en el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A., como sigue:

El apoderado de la entidad demandada, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, propuso como excepciones las siguientes (Fls. 105 a 107):

**1.- LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES**

**2.- CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO**

**3.- INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO 40-60%**

**4.- NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Sobre estas excepciones advierte el Despacho que los argumentos que las soportan tocan el fondo del asunto y no son en estricto sentido excepciones, sino meras defensas u oposiciones y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso<sup>1</sup>.

**5.- PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS SEGÚN REAJUSTE**

Respecto de esta excepción el Despacho la resolverá con el fondo del asunto en razón a su naturaleza accesoria.

<sup>1</sup> Providencia de 16 de Junio de 2010. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Rad: 150031330092008-0105-01, manifestó: "La defensa u oposición "en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho (...). Así las cosas, como ninguno de los argumentos planteados como sustento de las "excepciones" esgrimidas en la demanda, corresponde a tal condición jurídica, no era procedente que el juez declarara su improsperidad, bastaba con acceder o negar las peticiones de la demanda, conforme a lo que encontrara acreditado en el proceso (...)".

De otro parte, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación o falta de legitimación en la causa.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

#### **4. FIJACION DEL LITIGIO- PLAN DEL CASO**

Revisada la demanda (Fls. 3 a 25) y su contestación (Fls. 105 a 107), se evidencia que existe consenso en los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, estos son:

- "4. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16° del Decreto 4433 de 2004, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N° 166 de fecha 22 de enero de 2015 le reconoció a mi poderdante, asignación de retiro.  
5. Con fecha 30 de junio de 2015, radicado N° 20150058982, mi poderdante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000.  
6. Con fecha 22 de julio de 2015 mediante acto administrativo radicado N° 2015-49866 la Caja de Retiro dio respuesta al derecho de petición, negando las peticiones solicitadas en el derecho de petición, agotándose de esta forma la actuación administrativa."*

Hechos que además se encuentran probados (Fls. 26 a 29, 33 a 36 y 110 a 114)

No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si existen hechos o pretensiones en los que estén de acuerdo según el Numeral 7° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Las partes no hicieron manifestación adicional alguna.

#### **PROBLEMA JURÍDICO – FIJACIÓN DEL LITIGIO.**

El Despacho procede a fijar el litigio indicando que en el *sub-examine* el asunto se contraer a determinar si es procedente ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante, **i)** tomando como asignación básica la establecida en el inciso 2° del artículo primero del Decreto Ley 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%) y no conforme al inciso 1° del mencionado artículo; así como **ii)** conforme a la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; indicando que hay consenso en los hechos cuarto (4°) a sexto (6°), como puede verificarse a folios 4 a 5 y 105 del expediente. Por lo tanto, el litigio versará sobre los restantes hechos y las pretensiones quedarán conforme se enunciaron en la demanda. De esta forma queda fijado el litigio.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

#### **5. CONCILIACIÓN**

Ante la ausencia de la parte demandada y en la medida en que el concepto del comité obliga a la parte demandada, el despacho declara fracasada la etapa conciliatoria y se da trámite a la etapa siguiente.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

#### **6. MEDIDAS CAUTELARES**

No se solicitaron medidas cautelares en el escrito de la demanda, ni existen otras pendientes por decretar, por lo que se omite esta etapa.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

## **7.- DECRETO DE PRUEBAS**

Teniendo en cuenta la fijación del litigio, y el análisis de las pruebas aportadas y pedidas por las partes conforme lo dispone el artículo 180, numeral 10°, del C.P.A.C.A. se decretan las siguientes pruebas.

### **7.1. PARTE DEMANDANTE**

**7.1.1. DOCUMENTALES:** Ténganse como pruebas con el valor que por ley les corresponda, los documentos vistos a folios 26 a 36.

**Las anteriores pruebas se entienden legal, válida y oportunamente incorporadas al proceso.**

### **7.2. PARTE DEMANDADA - CREMIL**

**7.2.1 DOCUMENTALES:** Ténganse como pruebas con el valor que por ley les corresponda, los documentos vistos a folios 109 a 114.

**Las anteriores pruebas se entienden legal, válida y oportunamente incorporadas al proceso.**

### **7.3. PRUEBAS DE OFICIO**

#### **DOCUMENTALES**

Téngase como prueba con el valor que por ley le corresponda, el documento visto a folios 78 a 97 del expediente, correspondiente a sentencia del 07 de febrero de 2017 proferida por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 150013333008-2015-00117-01, donde actuaba como demandante el señor OSWALDO TOCHE LEÓN y como demandada la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, providencia que confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó, entre otras, reliquidar el salario mensual del demandante tomando como asignación básica la establecida en el artículo 4° de la ley 131 de 1985 y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% ).

**La anterior prueba se entiende legal, válida y oportunamente incorporada al proceso.**

### **7.4. PRUEBAS NEGADAS**

*Sin pruebas que negar.*

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

## **8. CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con el artículo 207 del C.P.A.C.A., se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si en el trámite hasta aquí adelantado, han advertido vicios que configuren nulidades u otras irregularidades que puedan afectar el proceso.

Sin manifestaciones de las partes.

De acuerdo con lo manifestado por las partes la Jueza advierte que sólo si se trata de hechos nuevos podrán alegarse en las etapas siguientes vicios que acarreen nulidades.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

## **9.- FALLO**

Al no haber pruebas que practicar y por tratarse de un asunto de pleno derecho, de conformidad con los artículos 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente proceso.

### **Las partes quedan notificadas en estrados.**

Procede el Despacho a conceder el uso de la palabra a las partes para que por el término máximo de 20 minutos expongan sus alegatos de conclusión.

Se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte actora: minuto 14:13 a 15:04

Se le concede el uso de la palabra a la representante del Ministerio Público: minuto 15:06 a 20:50

En este estado de la diligencia se retira la señora agente del Ministerio Público.

Sin advertirse causal de nulidad de la actuación, procede el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones (Fls. 3 a 4).**

Solicita la parte demandante:

**1.1.** Declarar la nulidad del acto administrativo No. 2015-49866 del 22 de julio de 2015, por medio del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor OSWALDO TOCHE LEÓN, de conformidad con **i)** el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1º) del Decreto 1794 de 2000, esto es, tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60%, así como **ii)** con el 70% de la asignación básica adicionada con el 38.5% de la prima de antigüedad, dándole correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

**1.2.** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento, condenar a la demandada a reliquidar su asignación de retiro **i)** tomando como base la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1º) del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60%, así como **ii)** con el 70% de la asignación básica incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

**1.3.** Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), desde el año de reconocimiento de la asignación hasta la fecha de reconocimiento del derecho solicitado en la demanda que dio lugar al proceso de la referencia.

**1.4.** Ordenar a la entidad demandada el pago de los intereses moratorios que se generen a partir de la ejecutoria de la sentencia en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., así como su condena en costas y agencias en derecho.

### **2. Fundamentos Fácticos (Fls. 4 a 5)**

En síntesis, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Señaló el apoderado, que el demandante prestó su servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional y que una vez terminado su periodo reglamentario, de conformidad con lo

dispuesto en el Ley 131 de 1985, fue incorporado como soldado voluntario hasta el 01 de noviembre de 2003, fecha en la cual por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como soldado profesional, calidad que mantuvo hasta su retiro de la fuerza.

Afirmó que previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante Resolución No. 166 del 22 de enero de 2015, reconoció a favor del señor OSWALDO TOCHE LEÓN, asignación de retiro.

Indicó que el demandante presentó derecho de petición ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) el 30 de junio de 2015 con radicado No. 20150058982, solicitando la liquidación de su asignación de retiro conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero (1º) del Decreto 1794 de 2000, pero que mediante acto administrativo con radicado No. 2015-49866 de fecha 22 de julio de 2015, la entidad negó lo solicitado, agotándose así la actuación administrativa.

Finalmente aclaró que desde el reconocimiento de la asignación de retiro, la entidad demandada viene liquidando tal concepto, tomando como base un salario mínimo pero incrementado a penas en un 40% y aplicando el 70% a la sumatoria de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, determinando de esta forma la mesada a cancelar.

### 3. Contestación de la demanda

#### 3.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) (FIs. 105 a 107)

Mediante apoderado se opuso a las condenas solicitadas a título de restablecimiento del derecho y por concepto de costas y agencias en derecho. En relación con los hechos expresó su aceptación respecto de aquellos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, sin embargo se opuso a los demás.

Propuso las siguientes excepciones:

**Legalidad de las actuaciones efectuadas y correcta aplicación de las disposiciones legales:** al respecto explicó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aún desde la constitución de 1886 tiene un régimen de carrera, prestacional y disciplinario especial, situación que actualmente se encuentra contenida en el artículo 217, inciso 3º de la Constitución Política de 1991, precepto constitucional con base en el cual se han proferido diferentes disposiciones legales, dentro de las que destaca los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 1211 de 1990, 1790 de 2000, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, normas de carácter especial que priman sobre las generales.

**Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro:** para sustentar esta excepción expuso que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es lo suficientemente claro en establecer que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague dicha asignación mensual, así:

$$\begin{aligned} \text{“Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + \text{(Incremento en un 40\%)} = 140\% \\ \text{Prima de Antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

Asignación de Retiro:

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

Lo anterior, dijo el apoderado, sigue la uniformidad y secuencia de la norma, tesis que conforme a lo expuesto por la mandataria, fue acogida tanto por el Departamento Administrativo de la Función Pública, como por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en sentencia del 20 de septiembre de 2013.

**Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40-60%:** el apoderado apoyó esta excepción en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, aparte

del cual, afirmó el apoderado, se puede deducir claramente que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, que habla solamente del 40%.

**No configuración de falsa motivación:** al respecto indicó el apoderado que las actuaciones realizadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y por lo tanto la entidad actuó con apego a la ley.

**Prescripción de las mesadas según reajuste:** con base en esta excepción solicitó que en caso de encontrar que le asiste algún derecho al actor, se de aplicación al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que establece la prescripción de las mesadas en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Finalmente, en cuanto a las costas procesales y agencias en derecho, solicitó que de prosperar, siquiera parcialmente, las excepciones propuestas, se exonere a la entidad de condena en costas, *máxime* que el artículo 392 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causadas y en la medida de su comprobación.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En la fijación del litigio se estableció que en el *sub examine* el asunto se contraer a determinar si es procedente ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante, i) tomando como asignación básica la establecida en el inciso 2° del artículo primero del Decreto Ley 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%) y no conforme al inciso 1° del mencionado artículo; así como ii) conforme a la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

### 2. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

#### 2.1. Del Reconocimiento de la Asignación de Retiro a los Soldados Profesionales.

La Ley 131 de 1985 mediante la cual se dictan normas sobre el servicio militar obligatorio, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario y en lo relacionado con la remuneración a las personas que presten el servicio militar voluntario, estableció:

*“Artículo 2°.- Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él (...).”*

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

Posteriormente a través de la Ley 578 de 2000, se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar el régimen de los soldados voluntarios y es precisamente en desarrollo de tales facultades que se expide el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, indicando:

*“Artículo 5°.- Selección. 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 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. (Subrayas fuera de texto original).

Y respecto del ámbito de aplicación de las mencionadas disposiciones en el artículo 42 *ibídem*, expresó:

“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”.

De lo que se advierte que quienes se encontraban como soldados voluntarios bajo el amparo de la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo hubieran expresado y quedaban sujetos íntegramente a tal decreto.

A su turno el Decreto 1794 de 2000 respecto a la asignación mensual de los soldados profesionales, indicó:

“ARTICULO 1. Asignación 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%)”. (Subrayas fuera de texto)

“Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

Parágrafo. Los soldados vinculados 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”. (Subrayas fuera de texto del texto original)

## 2.2. De la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado.

La Sección Segunda del Alto Tribunal Contencioso Administrativo unificó jurisprudencia en la sentencia del 25 agosto de 2016<sup>2</sup>, donde consolidó el criterio respecto del reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados que se desempeñaban como voluntarios y luego se incorporaron como profesionales. En el referido fallo el Máximo Órgano Colegiado en Materia de lo Contencioso Administrativo, señaló:

**"[...] la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%"**

Tanto es así que en tal providencia estableció, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

*"Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>3</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>4</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."*

Así las cosas, el despacho prohija lo resuelto por esta providencia y en esa medida extenderá sus efectos al *sub examine* siempre y cuando se cumplan todos los presupuestos fácticos y jurídicos en condiciones similares, en el sentido que tanto el inciso 2º de artículo 1º del Decreto 1794, como el parágrafo del artículo 2º *ibídem*, contempla una prerrogativa para los soldados que venían vinculados con anterioridad al 31 de diciembre del 2000 en virtud de la Ley 131 de 1985, es decir, en calidad de soldados voluntarios, a quienes se les mantendrá como retribución del servicio un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta (60%), garantizando con esto los derechos adquiridos.

### **2.3. De la Prima de Antigüedad como Partida Computable de la Asignación de Retiro y su Correcta Liquidación**

El Decreto 4433 de 2004, que se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en su artículo 13º consagra las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

***"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 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.***

***13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto." (Negrilla fuera del texto original)***

Por su parte, el artículo 16 del mismo decreto, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, radicado No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001, No. Interno: 3420-2015, Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

<sup>3</sup> *Ib.*

<sup>4</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

**“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.” (Negrilla fuera de texto original).

Ahora, respecto a la forma correcta en que se debe aplicar la anterior norma, a efectos de calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales, el Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 2014<sup>5</sup> indicó:

*“(...) 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*

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. CONSEJERA PONENTE: Dra. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Sentencia del once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01. En igual sentido explicó el Consejo de Estado en providencia más reciente, al analizar un caso de similares fundamentos fácticos y probatorios: “(...) Mediante el oficio 20635 de 4 de mayo de 2012, la entidad demandada, al ofrecer respuesta a la petición presentada por el demandante, con la finalidad de que fuese reliquidada su asignación de retiro y, se aplicara de manera correcta la fórmula prevista en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló que la liquidó en forma correcta, así:

<b>Liquidación Soldados Profesionales 2011</b>		
Salario Mínimo Legal Vigente		\$535.600
SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D. 4433/2004)	140,00%	\$749.840
Prima de a	38,50%	\$288.688
Sumatoria sueldo básico + prima de antigüedad		\$1.038.528
Porcentaje liquidación	70%	\$ 726.970

<b>Liquidación Soldados Profesionales 2012</b>		
Salario Mínimo Legal Vigente		\$566.700
SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D. 4433/2004)	140,00%	\$793.380
Prima de Antigüedad	38,50%	\$305.451
Sumatoria sueldo básico + prima de antigüedad		\$1.098.831
Porcentaje liquidación	70%	\$ 769.182

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico (smlmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

**En conclusión:** En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante toda vez que la entidad demandada aplicó un doble porcentaje a la misma con la siguiente fórmula: el 70% del salario mínimo legal mensual vigente +60% +38.5% de la prima de antigüedad, cuando la forma correcta con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 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.” (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14). Actor: LUIS ANÍBAL CLAVIJO VELÁSQUEZ. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.)

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 (...).”(Subrayas y Negrillas fuera de texto).

Y así así mismo lo ha entendido el Tribunal Administrativo de Boyacá, que en providencia del 27 de abril de 2016, concluyó:

*“Para la Sala le asiste razón al demandante, pues el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, claramente establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, **“adicionado”** con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces resulta evidente que se le causó una afectación a los derechos del señor Jaime Antonio Cruz. En consecuencia debe liquidarse dicha asignación de retiro bajo los siguientes parámetros:  $AR = ((SM * 70\%) + (PA * 38.5\%))$ , donde AR= Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad.”<sup>6</sup>*

Pronunciamientos jurisprudenciales todos que serán acogidos al resolver el caso concreto.

### 3. ARGUMENTACIÓN Y VALORACIÓN PROBATORIA Y CASO CONCRETO

#### 3.1. En cuanto al Monto de la Asignación Básica a tomar para Liquidar la Asignación de Retiro

Descendiendo al caso concreto se encuentra probado que el señor OSWALDO TOCHE LEÓN inconforme con la manera en que era liquidada su asignación de retiro, solicitó a CREMIL mediante derecho de petición radicado el 30 de junio de 2015, que tal asignación le fuera reliquidada: “1. (...), tomando como base de liquidación la asignación establecida en el artículo primero (1°), inciso segundo (2) del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario)” (acápites de peticiones), considerando que: “10. Al realizar la Caja la liquidación de mi asignación de retiro con el salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo, se me está dejando de cancelar un veinte (20%) de asignación de retiro (...)” (acápites de hechos). (Fls. 26 a 28 y 112 a 113). Petición frente a la cual la Caja se limitó a decir que la liquidación era efectuada en estricta aplicación de la normatividad dispuesta para ese efecto y atendiendo a lo consignado en la hoja de servicios del demandante (Fls. 29 y 114)

Igualmente, se encuentra probado que el señor Soldado Profesional (R) OSWALDO TOCHE LEÓN fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular el 14 de enero de 1994, posteriormente fue incorporado como soldado voluntario desde el **20 de abril de 1996** y luego, esto es, el 01 de noviembre de 2003, fue incorporado como soldado profesional hasta la fecha de su retiro el 31 de marzo de 2014 (Hoja de Servicios - Fls. 31 y 109); quiere decir lo anterior que el demandante, tiene derecho al régimen de transición del Decreto 1794 de 2000, aplicable a quienes se hallaban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de ese mismo año, y en consecuencia tenía derecho al ser incorporado como soldado profesional, a que su asignación básica continuara siendo el salario mínimo incrementado en un 60%.

No obstante, en el proceso resultó demostrado, conforme a la hoja de servicios No. 3-74180589 del 09 de enero de 2015 (Fl. 32 y 109 vto), donde se registra la última nómina en

<sup>6</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión No. 2. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA. Sentencia del 27 de abril de 2016, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado número 15238339751-2014-00018-01, demandante: Jaime Antonio Cruz, demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

actividad del señor OSWALDO TOCHE LEÓN (diciembre 2014), que a la fecha de su retiro devengaba como asignación básica OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$862.400,00) M/CTE, es decir, un salario mínimo<sup>7</sup> incrementado apenas en un cuarenta por ciento (40%).

Lo anterior, hace evidente la desmejora salarial que sufrió el demandante en actividad, a pesar de encontrarse en la hipótesis normativa del parágrafo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, ya que a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario y en esa medida, al pasar el 1° de noviembre de 2003 a la condición de soldado profesional, debió respetársele el derecho a devengar una asignación salarial de un salario mínimo incrementada en un sesenta por ciento (60%), según la regla contemplada en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado citada en las consideraciones generales. Lo cual fue reconocido previamente por esta jurisdicción en proceso separado (Rad. No. 150013333008-2015-00117-01), donde ordenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, la reliquidación de la asignación básica del demandante en actividad, en un salario incrementado en un 60% (Fls. 78 a 97)

Ahora, debe tenerse en cuenta que si bien la regla establecida por el Consejo de Estado<sup>8</sup> se refiere a la asignación básica devengada por los soldados profesionales en actividad, ello se hace extensible a la asignación de retiro, pues uno de los factores computables para su liquidación es precisamente la asignación básica en los términos del ya referido artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Sobre este asunto ha explicado el Consejo de Estado:

*"(...) por lo tanto el hecho de que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, no cancelara debidamente el salario del actor, no impide que CREMIL, como entidad competente para reconocer y pagar su asignación vitalicia, pueda liquidar dicha prestación acorde con lo establecido en el ordenamiento jurídico.*

***A juicio de la Sala, la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley, independientemente de que el Ministerio de Defensa Nacional, por negligencia, capricho o desconocimiento, se haya equivocado en el pago de la asignación básica mensual del actor cuando éste se encontraba en servicio activo.***<sup>9</sup> (Negrilla fuera del texto original)

En este estado de la diligencia se retira la apoderada de la parte demandante.

Continuado con las consideraciones:

Máxime que, como ya se expuso, en el caso del señor OSWALDO TOCHE LEÓN, ya fue reconocido judicialmente que en actividad tenía derecho a percibir como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la asignación de retiro, pues en últimas las variaciones que se hagan a la asignación básica en cualquier momento, afectan directamente la asignación de retiro.

<sup>7</sup> Téngase en cuenta que para el año 2014 el salario mínimo legal mensual vigente era de \$616.000,00

<sup>8</sup> "Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>8</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>9</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, radicado No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001, No. Interno: 3420-2015, Actor: Benicio Antonio Cruz, Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016). CONSEJERA PONENTE MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Ref.: Expediente núm. 11001-03-15-000-2015-03273-01, ACCIÓN DE TUTELA, Actor: CESAR TULLIO PICÓN RINCÓN.

#### 4.2. En cuanto a la Correcta Aplicación del Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De conformidad con las pruebas allegadas en el curso del presente proceso, se encuentra acreditado también que el señor OSWALDO TOCHE LEÓN, se retiró del servicio el día 31 de marzo de 2015 con el grado de Soldado Profesional del Ejército Nacional, siendo beneficiario de la asignación de retiro (Fls. 33 a 36 y 110 a 111), sin embargo inconforme con la manera en que era liquidada su asignación de retiro, solicitó a CREMIL mediante derecho de petición radicado el 30 de junio de 2015, que tal asignación le fuera reliquidada también "2. (...) teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004: Que establece el setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad (...)" (acápites de peticiones), pues consideró que: "11. (...) la Caja de Retiro al liquidar la asignación de retiro está desconociendo lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433, (el 70% de la asignación básica adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad) al aplicarle en la liquidación a la partida prima (...) el 70%, afectando doblemente esa partida" (acápites de hechos) (Fls. 26 a 28 y 112 a 113).

Frente a tal petición la Caja se limitó a decir que la liquidación era efectuada en estricta aplicación de la normatividad dispuesta para ese efecto (Fls. 29 y 114) y así mismo en contestación de la demanda la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) se ratificó en su postura, presentando la fórmula aplicable, así:

"(...)

Asignación de Retiro:

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

(...)" (Fl. 106)

Como se concluye de lo anterior y como lo ha advertido en innumerables providencias el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá, CREMIL viene aplicando incorrectamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, ya que el porcentaje de liquidación del 70% para determinar la asignación básica, se está aplicando a la sumatoria del sueldo básico y al porcentaje de la prima de antigüedad, lo cual desconoce el tenor literal de la norma, pues el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el inmediato Superior Jerárquico de este despacho, han precisado que el 70% se aplica únicamente al salario mínimo mensual legal en los términos del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, resultado al cual se adiciona el 38.5 % de la prima de antigüedad, dando como resultado la asignación de retiro y no como erróneamente lo viene aplicando la Caja de Retiro.

En consecuencia, se ordenará también que la reliquidación de la asignación de retiro del demandante se haga estrictamente en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, conforme a lo aquí explicado (**(70% Salario básico) + (38.5% de prima de antigüedad) = Asignación de Retiro**)

#### 5. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sobre esta excepción encuentra el despacho que en el presente caso no está llamada a prosperar, conforme a los siguientes argumentos:

- El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece un término prescriptivo cuatrienal, en contraposición al Decreto 4433 de 2004, que en su artículo 43, señala un término trienal<sup>10</sup>. Al respecto, el despacho asume el criterio que ha establecido el Consejo de

<sup>10</sup> "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".

Estado<sup>11</sup> en el sentido de determinar que con la expedición del Decreto 4433 de 2004, el ejecutivo excedió los límites impuestos por la Ley 923 de 2004, haciendo inaplicable el término prescriptivo contenido en el Decreto 4433 de 2004<sup>12</sup>. Es así que de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, el término de prescripción aplicable al caso concreto será el determinado en el Decreto 1211 de 1990, esto es, cuatro años.

- La asignación de retiro fue reconocida por CREMIL el 22 de enero de 2015, mediante la Resolución No. 166 (Fls. 33 a 36 y 110 a 111).
- El demandante presentó derecho de petición ante la Caja, el día 30 de junio de 2015 (Fls. 26 a 28 y 112 a 113), el cual fue resuelto negativamente mediante el oficio No. 2015-49866 del 22 de julio de 2015 (Fls. 29 y 114).

Ahora, como quiera que el demandante presentó petición el día 30 de junio de 2015, la misma interrumpió el término de prescripción por un periodo de cuatro (4) años, esto es, hasta el 30 de junio 2019, fecha hasta la cual el demandante tenía la oportunidad de presentar la respectiva demanda, sin que prescribiera ninguna mesada de su asignación de retiro, lo cual efectivamente previó el accionante pues presentó la demanda oportunamente, esto es, el 30 de enero de 2017 (F. 25), por lo cual no se configuró el fenómeno prescriptivo<sup>13</sup>.

Por lo anterior, no hay lugar a declarar la prescripción de ninguna mesada de la asignación de retiro.

## 6.- Costas.

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., que establece "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida*

<sup>11</sup> "(...) Respecto del poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el presidente de la república pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al presidente de la república la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..." Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional" (Subrayas y negrillas fuera del texto) Sentencia de 4 de Septiembre de 2007. Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo. Exp: 0628-08. M.P. Gustavo Gómez Aranguren.

Al respecto se puede ver también se puede ver también la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016.

<sup>12</sup> El Tribunal Administrativo de Boyacá ha clarificado que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004: "Comoquiera que el punto base de la inconformidad por parte del recurrente se contrae a la aplicación de la prescripción contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la Sala procede a revisarla y encuentra que sobre el particular, cabe precisar no ha existido unanimidad en la jurisprudencia por cuanto algunas veces se aplica la prescripción trienal establecida en la norma precitada, en tanto que otras, acuden a la cuatrienal prevista en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, para dirimir esta dualidad de criterios, se acoge lo previsto por el Consejo de Estado que determinó que al advertir que "el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004", así entonces resulta ser que la prescripción a aplicar en este caso será la establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 (cuatrienal), acogiendo de ésta manera los argumentos del apelante. Ante el hecho cierto e indiscutible de haber presentado el accionante derecho de petición ante CREMIL para el reajuste de su asignación de retiro con base en el I.P.C., el 19 de octubre de 2006 (fl.7), dicho escrito tuvo por virtud interrumpir la prescripción por un lapso de cuatro años, es decir que las mesadas objeto del pago a que haya lugar son las causadas a partir del 19 de octubre 2002, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas". (Subraya no es textual). ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DEMANDANTE: LUIS RICARDO GRANADOS. DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL. FECHA DE ESTA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA: 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010. RADICACIÓN: 1500131330102007-00114-01 MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO.

<sup>13</sup> Obsérvese que no opera el fenómeno prescriptivo, ni aun aplicando el término trienal (08 de junio de 2018).

de su comprobación”, el despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas. Se precisa en éste punto, que el despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016<sup>14</sup>, en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección “B” del Consejo de Estado que indica: “...la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada”<sup>15</sup>.

#### IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Jueza Novena Administrativa Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### FALLA

**PRIMERO.- DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2015-49866 del 22 de julio de 2015, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, que negó la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional (R) OSWALDO TOCHE LEÓN.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL - **RELIQUIDAR** y **PAGAR** la asignación de retiro del señor Soldado Profesional (R) OSWALDO TOCHE LEÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 74.180.589, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es, el 31 de marzo de 2015, teniendo como ingreso base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), conforme a la parte motiva de ésta providencia y sin que haya lugar a prescripción de mesada alguna.

**TERCERO.-** Igualmente a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL - **RELIQUIDAR Y PAGAR** la asignación de retiro del señor OSWALDO TOCHE LEÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 74.180.589, a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es, el 31 de marzo de 2015, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que claramente establece que la asignación de retiro se obtiene de aplicarle el 70% al salario calculado en los términos del art. 13.2.1 del mismo Decreto (SMMLV + 60%), a cuyo resultado se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad. Lo anterior, conforme a lo explicado en la parte motiva y sin lugar a prescripción de mesada alguna.

**QUINTO.- CONDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, incisos 2 y 3, de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financiera acogida por el Consejo de Estado:

$$R=Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”  
Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

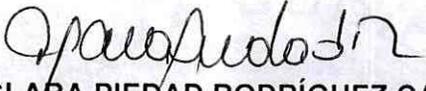
guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

**SEXO.-** La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**SÉPTIMO.-** Sin condena en costas.

**OCTAVO.-** Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar merito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 del C. G. P. aplicable por expresa remisión del art. 306 del C.P.A.C.A. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**  
**JUEZA**

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No.2017-00010

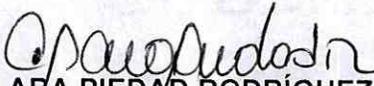
**Las partes quedan notificadas en estrados.**

El despacho hace control de legalidad, sin observar irregularidad alguna.

**Las partes quedan notificadas en estrados.**

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, siendo las 10:06 a.m. horas, se firma por quienes en ella intervinieron.

**FIRMAS,**

  
**CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**  
**JUEZ**

  
**MARITZA ORTEGA PINTO**  
**PROCURADORA 68 JUDICIAL 1 EN ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

  
**LAURA MARCELA HENAO JAIMES**  
**APODERADA PARTE DEMANDANTE**

  
**PAOLA ANDREA QUINTERO CRUZ**  
**SECRETARIA AD-HOC**