



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO SEPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Clase de Proceso:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	EFRAÍN OLIVEROS OSPINA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZAS MILITARES - EJÉRCITO NACIONAL Y CREMIL
Radicación:	No. 73001-33-33-007-2018-00033-00
Asunto:	Reliquidación asignación de retiro, teniendo en cuenta el salario básico establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y la reliquidación de la prima de antigüedad.

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué - Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I.- C O M P E T E N C I A

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- A N T E C E D E N T E S

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, el señor **EFRAÍN OLIVEROS OSPINA**, ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. Declaraciones y Condenas:

- 2.1.1.** Que se declare la NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio No. 20173171809821: MDN – CGFM – COEJEC – SECEJ – JEMGF – COPER – DIPER 1.10 del 17 de octubre de 2017, por el cual la Sección de Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, le negó una solicitud orientada a obtener el reajuste del 20% de su salario, así como de las siguientes prestaciones sociales: subsidio familiar, cesantías, y primas de antigüedad, de servicio, de vacaciones y de navidad, desde la fecha de su incorporación como soldado profesional hasta su retiro.
- 2.1.2.** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 81285 de CREMIL Consecutivo 2017 – 58350, por el cual la coordinadora de servicios al usuario de defensa nacional le negó el reconocimiento del 11.5% de la prima de antigüedad.
- 2.1.3.** Como consecuencia de la anterior declaración y a **título de restablecimiento del derecho**, el demandante solicita que se condene a las Entidades demandadas a:
- 2.1.3.1.** Reconocer y pagar de manera indexada, las diferencias arrojadas entre lo que efectivamente devengó por los mencionados conceptos y lo que resulte luego de su reajuste en un 20%, desde el momento de su incorporación como soldado profesional, noviembre de 2003, hasta que se haga efectivo el pago.
- 2.1.3.2.** Liquidar correctamente la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, según lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- 2.1.3.3.** Pagar las agencias en derecho y costas del proceso a que haya lugar, en caso de oposición.
- 2.2.** Como **HECHOS** que fundamentan sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:
- 2.2.1.** El señor EFRAÍN OLIVEROS OSPINA, estuvo vinculado en el Ejército Nacional por 20 años 3 meses y 21 días, prestando su servicio militar obligatorio como soldado regular a partir del 22 de marzo de 1990. En el mes de noviembre de 2003, fue vinculado como soldado profesional por orden General del Ejército Nacional, dejando de percibir el 20% del salario que venía devengando como soldado regular.
- 2.2.2.** Mediante resolución número 2312 del 24 de mayo de 2012, le fue reconocida al señor EFRAÍN OLIVEROS OSPINA asignación de retiro por cumplir con los requisitos de ley, sin tenerle en cuenta el 20% que devengó cuando laboraba como soldado regular.
- 2.2.3.** El demandante presentó derecho de petición el día 13 de junio de 2017 (sic) ante el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al cual le asignaron el radicado No. 20171123417302, con el fin de obtener el reajuste del salario en un 20%, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, así como la reliquidación de los demás emolumentos y pago retroactivo de los dineros dejados de pagar desde el año 2003 hasta la fecha, junto con su indexación e intereses.
- 2.2.4.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (sic) da respuesta negativa a la anterior petición, a través del oficio No. 20173171809821: MDN – CGFM – COEJ – SECEJ – EMGF – COPER

– DIPER - 1.10 del 17 de octubre de 2017, teniendo en cuenta el numeral 7 de la sentencia de unificación No. CE SUJ2 No. 003/16 del Consejo de Estado.

2.2.5. El día 13 de septiembre de 2017, el demandante radicó derecho de petición ante CREMIL, solicitando el reajuste de la prima de antigüedad del 58.5% al 70%, el reajuste de la mesada pensional y el pago de la prima de actividad.

2.2.6. La anterior petición fue resuelta desfavorablemente mediante oficio No. 81285 de CREMIL Consecutivo 2017 – 58350, del 22 de septiembre de 2017.

2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Política: Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48 y 53.
- Decreto ley 1211 de 1990,
- Decreto 4433 de 2004.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000.

A través del Decreto Ley 1793 de 2000, el Gobierno creó la carrera del Soldado Profesional, por lo que mediante Órdenes Administrativas de Personal Nos. 1241 del 20 enero de 2001 y 1175 del 20 de octubre de 2003, se dispuso la profesionalización de todos los soldados voluntarios, quienes pasaron a llamarse soldados profesionales, desapareciendo del ordenamiento jurídico a partir de entonces, la categoría del soldado voluntario.

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional, se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1 de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios, es decir, anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

El Ejército al aplicar la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se apartó de lo dispuesto en el mismo, habida cuenta que afectó doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad. Ello por cuanto, mientras la norma establece que la liquidación de la citada prestación incluye: el 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad, la mencionada entidad la liquidó de manera diferente, pues sumó el sueldo con el 38.5% de la prima de antigüedad y del total sacó el 70%, lo cual no se ajusta al mandato legal e implica una reducción en la asignación de retiro, por valor de \$83.275 mensuales.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 09 de febrero de 2018 y finalmente admitida el 13 de abril siguiente; surtida la notificación a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZAS MILITARES - EJÉRCITO NACIONAL, dicha Entidad procedió a contestar la demanda dentro del término de

traslado, tal como da cuenta de ello la constancia secretarial vista a folio 128 del expediente, y propuso excepciones de las cuales se corrió traslado a la parte demandante, quien guardó silencio, de acuerdo a la constancia secretarial visible a folio 130 del cartulario.

Mediante providencia del 23 de octubre de 2019, se adicionó el auto admisorio de la demanda, vinculando a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL¹ quien, pese a haber sido notificada, no dio respuesta a la demanda².

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

3.1.1.- NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL (FIs. 100 a 112)

El apoderado judicial de la Entidad demandada señaló que el cambio de soldado voluntario a profesional no ocurrió por disposición administrativa de los superiores del demandante, como se indica en la demanda, sino por la entrada en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, que crearon la categoría de soldado profesional, con su respectivo régimen salarial y prestacional, a todas luces mucho más benéfico que el contemplado en la ley 131 de 1985, que no preveía dentro del articulado vinculación laboral a las fuerzas militares para los soldados voluntarios.

Lo anterior, en atención a que, quienes ostentaban la calidad de soldados voluntarios, ahora devengarían no solo una asignación mensual incrementada en un 40%, sino otras acreencias que mejorarían ostensiblemente su nivel de vida.

Dentro de esas acreencias que entrarían a devengar los soldados voluntarios que se acogieran al decreto 1793 de 2000, es decir que voluntariamente pasaran a ser soldados profesionales, encontramos: subsidio familiar, prima de antigüedad, prima de orden público, cesantías, vacaciones y otros.

Así entonces, al percatarse de que, con el nuevo régimen salarial y prestacional, estarían recibiendo no solo un salario mensual, sino otro tipo de beneficios tanto para ellos como para su núcleo familiar, aquellos que tenían la calidad de soldados voluntarios se acogieron al nuevo régimen y pasaron a ser soldados profesionales.

Finalmente, relaciona los antecedentes normativos de los soldados, efectúa una comparación de las partidas salariales que recibía un soldado voluntario frente a las que actualmente reciben como soldado profesional, explica la posición que viene asumiendo el Ministerio de Defensa Nacional frente al Tema, expone los argumentos que vienen esbozando las diferentes corporaciones judiciales dentro de las sentencias proferidas a favor y en contra de la Entidad, señala el impacto fiscal en caso de decisión favorable a las pretensiones del demandante, solicita se dé traslado del proceso al Ministerio de Hacienda y, con base en las pruebas recaudadas solicita se acojan los argumentos señalados por parte de la Entidad y se unifique jurisprudencia negando las pretensiones de la demanda.

Igualmente, para enervar las pretensiones, propuso las excepciones que denominó:

PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES

¹ Folio 133 cuaderno principal

² Folio 142 del cuaderno principal

Indica que desde el mismo momento en que empezó el demandante a ser soldado profesional y recibir su salario, pudo haber instaurado las acciones correspondientes para recibir el porcentaje que señala le fue quitado por la Entidad. Destaca que, como un modo de extinción de derechos particulares, el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, contempla la prescripción cuatrienal, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Expone que la entidad no está compelida a reconocer y pagar el incremento del 20% sobre la asignación del demandante, por cuanto se le han venido pagando sus prestaciones económicas en razón a lo dispuesto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, por lo que a la fecha no existe obligación prestacional alguna a cargo de la entidad.

INEXISTENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS QUE DETERMINEN ILEGALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Considera que no obran en el proceso medios de convicción que acrediten que el acto administrativo demandado adolece de vicios de legalidad.

3.2.- SENTENCIA ANTICIPADA (03AutoIncorporaPruebasSentenciaAnticipada del expediente digital):

Mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2020, se dio aplicación a lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, a través del cual se indica: “*Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se preferirá por escrito*”, incorporando las pruebas documentales allegadas por los extremos procesales.

Posteriormente, mediante auto del 09 de abril de 2021 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar los alegatos de conclusión, término que no fue atendido por las partes, de conformidad con la constancia secretarial vista en el documento denominado *07VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia* del expediente digital.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

IV.- CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO

Recuerda el Despacho que el problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar si es procedente ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional @ EFRAÍN OLIVEROS OSPINA, teniendo en cuenta para tal efecto el 20% adicional, equivalente a la diferencia resultante entre el valor devengado inicialmente como soldado voluntario y con posterioridad, como soldado profesional, es decir, desde el 1° de noviembre de 2003; así como la adecuada liquidación de la prima de antigüedad; y como resultado de ello, establecer si es o no ilegal acto administrativo que le negó su solicitud al respecto.

4.2 PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

- Constitución Política: Artículo 13.
- Ley 131 de 1985: Artículos 2 y 4.
- Decreto 1793 de 2000: Artículo 5.
- Decreto 1794 de 2000: Artículos 1 inciso 2° y 2.
- Decreto 4433 de 2004: Artículo 16.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019. Radicado 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2021. Radicación No. 11001-03-25-000-2017-00662-00(3207-17). C.P. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación No. 11001-03-25-000-2016-01160-00(5176-16). C.P. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia de tutela del 10 de noviembre de 2020. Radicación No. 11001-03-15-000-2020-04240-00(AC). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

4.3 PREMISAS FÁCTICAS:

- 4.3.1.** El señor EFRAIN OLIVEROS OSPINA ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 22 de marzo de 1990 hasta el 14 de agosto de 1991; seguidamente, pasó a ser soldado voluntario desde el 01 de junio de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003, y fue incorporado como soldado profesional a partir del 01 de noviembre de 2003 hasta el día de su retiro, 30 de marzo de 2012 (por tener derecho a la asignación de retiro). (Fl. 6 del cuaderno principal).
- 4.3.2.** Mediante Resolución No. 3217 del 24 de mayo de 2012, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante en calidad de soldado profesional (Fls. 3 a 5 del cuaderno principal), así:
- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4919 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).
 - Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.
- 4.3.3.** Del contenido de la anterior Resolución se advierte que, el demandante prestó sus servicios a la Fuerza Pública por más de veinte (20) años y que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la asignación de retiro, ostentando el grado de Soldado Profesional del Ejército Nacional.
- 4.3.4.** Mediante oficio No. 81285 de CREMIL Consecutivo 2017 – 58350 del 22 de septiembre de 2017, la entidad demandada dio respuesta negando la petición radicada por el demandante el día 13 de septiembre de 2017, en donde solicitó, entre otros, el reajuste de la prima de antigüedad del 58.50% al 70%. (Fls. 7 y 8 del cuaderno principal)

- 4.3.5.** A través de oficio No. 20173171809821: MDN – CGFM – COEJ – SECEJ – EMGF – COPER – DIPER - 1.10 del 17 de octubre de 2017, la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, dio respuesta a la petición radicada por el demandante el día 11 de septiembre de 2017, mediante la cual solicitó entre otros el reajuste del salario en un 20%, negando dicha petición, con fundamento en el numeral 7 de la sentencia de unificación No. CE SUJ2 No. 003/16 del Consejo de Estado, indicando que no es posible atender de manera favorable lo solicitado, toda vez que, los emolumentos requeridos durante su periodo como activo, conforme la fecha de presentación del petitorio se encontraba prescritos, remitiendo la competencia de tal petición a CREMIL. (Fls. 9 del cuaderno principal)
- 4.3.6.** Hoja de servicios No. 3-93203835 del 14 de abril de 2012, en la que se discriminan las fechas de vinculación y desvinculación y las partidas computables así: 1) Sueldo básico \$793.380, 2) prima de antigüedad 58.50% \$464.127, 3) subsidio familiar 4.0% \$495.862, 4) seguro de vida subsidiado \$10.116, 5) bonificación orden público soldado \$198.345. (Folio 67 y 68 del cuaderno principal)
- 4.3.7.** Complemento hoja de servicios No. 3-93203835, de fecha 05 de octubre de 2017, a través de la cual, se acoge el incremento del 20%, en cumplimiento de la sentencia CE-SUJ850013333002201300060. (Folio 81 Cdo principal)

Partidas computables para asignación de retiro o pensión incremento 20% de acuerdo con la sentencia:

Descripción	Porcentaje	Valor
SUELDO BÁSICO AÑO 2012	SMMLV + 60%	906,720.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	349,087.00

- 4.3.8.** Resolución No. 2851 del 18 de enero de 2018 CREMIL, 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 EFRAIN OLIVEROS OSPINA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 93.203.835 de Purificación, ordenándose el pago por concepto de asignación de retiro a partir del 18 de octubre de 2014, por aplicación de la prescripción trienal. (Fls. 82 a 85 del cuaderno principal.)
- 4.3.9.** Tarjeta de liquidación de titulares, expedida por el grupo de nómina de CREMIL, el día 18 de enero de 2018:

SUELDO BÁSICO (SMMLVx60%) AÑO 2017		1.180.347.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	826.243,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5	318,104.00
SUBSIDIO FAMILIAR		516,402.00
ASIGNACIÓN RETIRO		1,660,749.00

4.4 ANÁLISIS SUSTANTIVO:

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto, es preciso aclarar que aun cuando en los hechos de la demanda, la parte actora menciona que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL le

reconoció al señor EFRAÍN OLIVEROS OSPINA una asignación de retiro en la que no se incluyó el 20% que éste devengó cuando laboraba como soldado regular, lo cierto es que las pretensiones de la demanda son claras en cuanto a que el demandante únicamente persigue que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reconocer y pagar a su favor, la diferencia resultante entre el salario y prestaciones por él devengadas en actividad, a partir del momento en que pasó de ser soldado voluntario a profesional, es decir, desde el mes de noviembre de 2003 y en adelante hasta su retiro, y el salario y prestaciones que realmente le hubiese correspondido si la Entidad en mención no lo hubiese disminuido en un 20% de manera arbitraria.

Por otro lado, en cuanto a CREMIL, el señor OLIVEROS OSPINA pretende que se le condene a reconocer e incluir en la partida de su asignación de retiro denominada “Prima de Antigüedad”, el porcentaje del 11.5% que le quitó al aplicar erróneamente el porcentaje total (70%) para la liquidación de dicha asignación de retiro.

En consecuencia, teniendo claro estos aspectos, se procederá a estudiar cada uno de estos puntos o pretensiones separadamente.

4.4.1. INCREMENTO DEL 20% DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA O SALARIO.

El demandante solicita el reconocimiento y pago de manera indexada, de las diferencias que resulten entre lo que efectivamente devengó y el reajuste del 20% de su asignación básica, desde el momento de su incorporación como soldado profesional, es decir desde el 01 de noviembre de 2003, y hasta su retiro definitivo que, de acuerdo con las pruebas aportadas, tuvo lugar el 30 de junio de 2012.

Es así como, respecto de la anterior petición, la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, propuso la excepción de “*prescripción de derechos laborales*”, sustentada en el hecho de que el demandante no reclamó su derecho al reajuste salarial desde el mes de noviembre de 2003, fecha en la cual empezó a percibir su salario como soldado profesional.

De cara a tal estado de las cosas, esta Administradora de Justicia encuentra que, en diversas sentencias³, entre estas en providencias del 21 y del 28 de enero de 2021, el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, ha sido claro en manifestar que la prescripción de derechos en casos como el que nos ocupa, es la cuatrienal consagrada en los artículos 10 del Decreto 2728 de 1986 y 174 del Decreto 1211 de 1990 y que para su aplicación, el término debe contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presentó la respectiva reclamación por parte del interesado ante la Entidad.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, tenemos que el señor EFRAÍN OLIVERA OSPINA presentó la solicitud de reconocimiento de las diferencias derivadas del 20% frente a su salario básico y prestaciones, ante la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, el día 11 de septiembre de 2017, es decir, más de cuatro (4) años después de haberse retirado de la Institución (30 de junio de 2012), por lo tanto, no hay duda que las diferencias salariales y prestacionales pretendidas en este acápite se encuentran prescritas en su integridad, motivo por el cual habrá de declararse probada no sólo esta excepción propuesta por la apoderada judicial de la Entidad demandada en la parte resolutive de esta providencia, sino también las denominadas “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2021. Radicación No. 11001-03-25-000-2017-00662-00(3207-17). C.P. William Hernández Gómez.
Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación No. 11001-03-25-000-2016-01160-00(5176-16). C.P. William Hernández Gómez.
Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia de tutela del 10 de noviembre de 2020. Radicación No. 11001-03-15-000-2020-04240-00(AC). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

e “INEXISTENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS QUE DETERMINEN ILEGALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS”.

4.4.2. REAJUSTE PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

En lo referente a esta pretensión, se debe tener en cuenta que el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004, por medio de la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, norma que fue reglamentada por el Ejecutivo a través del Decreto 4433 de 2004, vigente para la fecha en que el demandante se retiró del servicio y cuyo artículo 16, establece:

“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”.

Ahora bien, como dicho artículo remite al 13.2.1 ibidem, y este a su vez, al 1.1 del Decreto 1794 de 2000, tenemos que dichos textos normativos consagran lo siguiente:

“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:

(...)

13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-Ley 1794 de 2000. (...).”

“ARTÍCULO PRIMERO. 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. (...).”

Igualmente, es preciso traer a colación el artículo 2º del Decreto Ley 1794 de 2000, que regula la prima de antigüedad para los Soldados Profesionales, en los siguientes términos:

“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%)”.

De cara a las normas transcritas se puede concluir que, el porcentaje de prima de antigüedad que se debe incluir en la asignación de retiro del demandante (38.5%), debe adicionarse al 70% de la asignación salarial mensual básica.

Sin embargo, como la forma de aplicación de estos preceptos legales fue objeto de interpretaciones disímiles, el Consejo de Estado zanjó la discusión mediante la Sentencia de Unificación – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, del 25 de abril de 2019, dentro del Radicado 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016), y ponencia del consejero William Hernández Gómez, así:

“III) La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

53. En relación con este aspecto, se observa que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé:

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.

54. La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, mientras CREMIL estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada, el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con 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 mensual⁴. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad⁵.

55. Sobre este tópico se consideró que no hacerlo así, sino calcular la prestación sobre el 70% del valor que se obtiene de sumarle a la asignación salarial mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, implica una afectación indebida de esta última partida, que va en detrimento de la prestación que perciben los soldados profesionales⁶.

56. Adicionalmente, se indicó que la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en aquella, se obtiene por la aplicación de la regla descrita, y no del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en el año de causación del derecho, pues esta última opción disminuye el valor por este concepto.”

Precisado este aspecto y descendiendo al caso en concreto, se aprecia que mediante Resolución 3217 del 24 de mayo de 2012 (v.num.4.3.2.), CREMIL le reconoció al demandante, en su calidad de soldado profesional, la asignación de retiro, así:

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Anibal Clavijo Velásquez.

⁵ Asignación de retiro = (salario*70%) + prima de antigüedad.

⁶ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación:110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC).

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00033-00
Demandante: EFRAÍN OLIVEROS OSPINA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL y CREMIL

- “- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 4919 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000)
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.”

Igualmente, se allegó al plenario tarjeta de liquidación de titulares del día 18 de enero de 2018 (v.num.4.3.9.), en donde se puede evidenciar la liquidación del demandante EFRAIN OLIVEROS OSPINA realizada por el Grupo de Nómina de CREMIL, así:

SUELDO BÁSICO		\$1.180.347.00
% de liquidación	70%	\$ 826.243,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	\$ 318.104,00

En consecuencia, como por disposición expresa del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional debe liquidarse teniendo en cuenta el 70% del salario básico para ese grado, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que puedan aplicarse descuentos u otros porcentajes que mengüen su valor; es evidente que la demandada realiza una indebida liquidación de la prima de antigüedad, ya que si bien es cierto, le adiciona el porcentaje del 38.5%, lo toma del 70% del salario devengado y no del 100% del mismo, como lo ordena la norma en cita, lo cual genera una afectación económica del demandante.

Conforme a lo anteriormente expuesto, puede concluirse que:

1. El demandante tiene derecho al reajuste de la prima de antigüedad en su asignación de retiro, toda vez que CREMIL realizó una indebida liquidación de la misma, al calcularla teniendo en cuenta el 70% del salario devengado y no el 100% del mismo, por lo que conforme a lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al 70% del salario básico, se deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, calculada a partir del 100% del salario mensual.

En este orden de ideas, se declarará la prosperidad de la pretensión relacionada con el reajuste de la PRIMA DE ANTIGÜEDAD y, de contera, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No. CERTIFICADO CREMIL 81285 el 22 de septiembre de 2017 (v.num.4.3.4.), expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL.

PRESCRIPCIÓN:

En cuanto a la prescripción de esta pretensión, es preciso señalar que, a diferencia de la anterior, es trienal, pues el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 10 de octubre de 2019⁷ manifestó que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para **las pensiones y asignaciones de retiro**, no es contrario a Constitución Política, ni a la Ley 923 de 2004 y, por lo tanto, debe ser aplicado a casos como el que nos ocupa.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el mentado artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 preceptúa que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en ese Decreto, prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Segunda. Sentencia del 10 de octubre de 2019. Radicados Nos. 11001-03-25-000-2012-00582-00(2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544-00(1501-2015). C.P. William Hernández Gómez.

A su vez, el inciso segundo del aludido precepto legal advierte que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Atendiendo a la norma en cita, es preciso indicar que en el sub examine, la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro con el fin de incluir el reajuste de la prima de antigüedad, fue radicada por el demandante ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el día 13 de septiembre de 2017, de tal suerte que, con la presentación de la petición se interrumpió el término de prescripción, pero sólo por un lapso igual y por una sola vez, tal como lo dispone el artículo 43, por lo que al haber sido reconocida la asignación de retiro a partir del 30 de junio de 2012 (mediante Resolución No. 3217 de 2012), es menester declarar probada la excepción de prescripción, pero sólo respecto del pago de las diferencias en la asignación de retiro causadas con anterioridad al trece (13) de septiembre de dos mil catorce (2014).

4.5. EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

Se atenderá conforme a las previsiones de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la Entidad demandada.

4.6. DE LA CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a lo anterior y atendiendo a que este último cuerpo normativo fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Es así como, el artículo 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que las Entidades demandadas, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” han resultado como parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y en consecuencia, se procederá a condenarlas al pago de las costas procesales. Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo cuya cuantía fue estimada por la parte actora en la suma de **diez millones de pesos (\$10.000.000)**, se fijan como Agencias en Derecho a favor de la parte demandante, el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, suma que deberá ser cancelada por las dos entidades demandadas en cuantía del 50% cada una.

V. DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones interpuestas por la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL denominadas: “*PRESCRIPCIÓN DE*

ACREENCIAS LABORALES”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” e “INEXISTENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS QUE DETERMINEN ILEGALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS”, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No. 81285 de CREMIL Consecutivo 2017 – 58350, del 22 de septiembre de 2017, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, tomando como base de liquidación de la prima de antigüedad el 70% del salario devengado y no el 100% del mismo, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, a: **i) Liquidar** la asignación de retiro del señor **EFRAIN OLIVEROS OSPINA**, reconocida a través de la Resolución No. 3217 del 24 de mayo de 2012, incluyendo para el efecto en su ingreso base de liquidación, un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) por concepto de prima de antigüedad, calculado a partir del valor del cien por ciento del salario mensual, adicionado a éste último concepto ; **ii) Reajustar** la asignación de retiro del señor **EFRAIN OLIVEROS OSPINA**, a partir de la fecha de su reconocimiento y en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; **iii) Pagar** las diferencias generadas con ocasión de la anterior liquidación y reajuste, a partir de la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, atendiendo la prescripción, conforme a lo ya expuesto.

CUARTO: DECLÁRESE probada la excepción de PRESCRIPCIÓN respecto del pago de las diferencias causadas entre el incremento ordenado y las sumas de dinero canceladas por concepto de prima de antigüedad del demandante, **con anterioridad al 13 de septiembre de 2014**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDÉNESE a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, a la actualización de las sumas causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; igualmente, los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

SEXTO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, el equivalente al 4% de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2018-00033-00
Demandante: EFRAÍN OLIVEROS OSPINA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL y CREMIL

Firmado Por:

INES ADRIANA SANCHEZ LEAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO DE IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b43e22357c612d1bf40405f63d463d9d1d310994e8fa5648f45b0519dea19b30

Documento generado en 18/06/2021 03:33:00 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>