



Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

TEMA:	RELIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE:	LUIS GONZAGA LASERNA PORRAS.
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL.
RADICADO:	73001-33-33-011-2020-00135-00

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a dictar sentencia de conformidad con lo expuesto en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado mediante el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, en el medio de control formulado por el señor Luis Gonzaga Laserna Porras en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda (Fols. 2 a 13¹)

1.1. Pretensiones (Fols. 2 al 3²)

“PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo No. CREMIL 20376012 del 26 de abril del 2019, expedido por la demandada por medio el cual se le negó al demandante el derecho aquí demandado.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordene a CREMIL reajustar la asignación de retiro del demandante el señor Luis Gonzaga Laserna Porras , teniendo en cuenta la formula ordenada por el Consejo de Estado en la Jurisprudencia unificada de la Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019 Consejero Ponente William Gómez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, así:

Asignación básica mensual incrementado en un 60% x 70% +38.5% de prima de antigüedad= Asignación de retiro.

TERCERO: Que se ordene a CREMIL a pagar al demandante la reliquidación de la asignación de retiro del demandante conforme a la jurisprudencia unificada del onsejo de Estado, en relación con este tema:

¹ Visto en el documento No. 3 del Expediente Digital.

² Visto en el documento No. 3 del Expediente Digital.

CUARTO: Que el valor de la diferencia resultante dejada de pagar se Indexe de conformidad con lo señalado en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Que se condene a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios respecto de las diferencias resultantes dejadas de pagar, desde la ejecutoria de la sentencia de conformidad con lo preceptuado en el artículo 192 del CPACA.

1.2. Hechos (Fols. 3 a 4³)

PRIMERO: El señor Luis Gonzaga Laserna Porras prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional por más de 20 años. Adicionalmente CREMIL, le reconoció la asignación mensual de retiro, liquidándola con el 70% de la sumatoria total del sueldo básico mas la prima de antigüedad, y efectiva a partir del 29 de septiembre de 2008.

SEGUNDO: CREMIL, al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro del peticionario, incurre en un error al realizar una operación matemática consistente en sumas el sueldo básico del accionante, con el 38,5% de la prima de antigüedad, resultado al que le aplicó el porcentaje correspondiente para la asignación de retiro, esto es el 70%, así:

- Asignación de retiro=70% (sueldo básico+38,5% (prima de antigüedad)

Fórmula que no fue aceptada por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, en las paginas 97 y 98 ordena en el punto 13.3, 298,299,300,302,302 y 303 que es el siguiente:

Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004) + 38,5% (prima de antigüedad) = Asignación de retiro.

TERCERO: Inconforme con lo anterior el accionante solicitó a CREMIL mediante petición presentada el 3 de abril de 2019 el reajuste de su asignación de retiro con base en la siguiente formula: El 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle el 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad, por ser más favorable.

Obteniendo como respuesta la negación del derecho, mediante el acto administrativo No. CREMIL 20376012 del 26 de abril de 2019, con sustento en argumentos que no comulgan con el principio de favorabilidad, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política y que es de obligatoria aplicación e los asuntos pensionales y laborales.

CUARTO: El demandante hoy en día, asignación mensual de retiro con lo que tiene que mantener a su esposa y a sus hijos menores de edad, vive en un barrio estrato 2, razón por la cual es una persona de muy bajos recursos, se ahí que se vea afectado su mínimo vital con la negativa del derecho aquí demandado al luidarle su asignación de retiro de manera desfavorable.

³ Visto en el documento No. 3 del Expediente Digital.

1.3. Normas violadas (Fol. 8⁴)

- Constitución Política: preámbulo, artículos 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 42, 43, 53, 58, 121, 122, 123 y 209.
- Artículo 4 de 1992.
- Ley 923 de 2004.
- Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- Ley 1211 de 1990.

1.4. Concepto de la violación (Fol. 8 a 10⁵)

El demandante argumenta lo siguiente: El Estado de derecho, entendido como la forma de organización jurídica que tiene por objeto garantizar el equilibrio entre gobernantes y gobernados, tiene como principio fundamental el ejercicio justo de libertades públicas, el control de los abusos dentro de un marco de legalidad, el mantenimiento del orden como fuente de armonía social y el consiguiente respeto de los derechos de todos, en todo tiempo y lugar.

Por eso se ha dicho que las actuaciones administrativas deben estar sujetas al principio de legalidad, entendido este como la limitación al poder de la autoridad, que se traduce en que las normas que este expedida y los actos que realicen no vayan en contra de las normas superiores. Es por lo anterior que se considera que en el caso en concreto, tiene ocurrencia la violación sostenible del principio de legalidad y el desbordamiento de las atribuciones señaladas por la constitución y la Ley, es por lo anterior que el funcionario que expidió el acto demandado y que conllevó a negarle el derecho que tiene el demandante a la reliquidación de la asignación mensual de retiro teniendo en cuenta el 70% del sueldo básico y a este resultado se le sumará el 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.

1.5. Contestación de la demanda (Fols. 1 a 14⁶)

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares allegó escrito de contestación donde manifiesta lo siguiente. En cuanto a las pretensiones, se opone a todas y cada una de ellas, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Frente a los hechos se aceptan los 1,2, y 4, el tercero no es cierto y el quinto no le consta.

Frente a los fundamentos de defensa, el demandante tiene derecho a que le sea reajustada y reliquidada la asignación de retiro aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al salario básico y al valor que resulte adicionarle el valor completo del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, Sea lo primero indicar que la legislación que regula el régimen especial de las

⁴ Visto en el documento No. 3 del Expediente Digital.

⁵ Visto en el documento No. 3 del Expediente Digital.

⁶ Visto en el documento No. 25 del Expediente Digital.

Fuerzas Militares que abarca aspectos de carrera, prestacional y disciplinario, goza de amparo constitucional en virtud de lo establecido en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, situación que ha sido puesta de presente en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Ahora bien, tal como se indicó en el acápite de antecedentes, en la pluricitada sentencia del Consejo de Estado, se estableció la unificación jurisprudencial referente, entre otros temas, a: i) La debida forma en que debe interpretarse el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, y ii) lo atinente al reajuste del 20 % del salario básico, para los efectos de la liquidación o reliquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Frente a la debida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se expuso:

“236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.”

Seguidamente, y a manera de conclusión, se expuso:

“240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.”

Ante este panorama, y asumiendo que la sentencia en cita constituye un precedente vinculante, no solo para la entidad, sino también un precedente vertical para los operadores jurídicos que conocen estos asuntos en instancias judiciales, fue importante para la entidad, definir una línea de acción para la defensa de los intereses de la Caja de Retiro, entre ellos, la posibilidad de proponer una fórmula conciliatoria en todas aquellas solicitudes que se encuentren en instancia prejudicial y aquellos procesos judiciales en etapa previa a proferir sentencia de

primera instancia, que traten sobre la debida forma en que debe interpretarse el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, para los efectos de la liquidación o reliquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Decisión: Conciliación Total frente a la reliquidación de la prima de antigüedad. Se recomienda al comité de conciliación de la entidad, CONCILIAR el presente asunto bajo los siguientes parámetros:

1. *Capital: Se reconoce en un 100%.*
2. *Indexación: Será cancelada en un porcentaje 100%.*
3. *Pago: El pago se realizará dentro de los 10 meses contados a partir de la radicación de pago en la entidad o antes, sujeto a la disponibilidad presupuestal.*
4. *Intereses: No aplica*
5. *Costas y agencias en derecho: Considerando que el proceso termina con la conciliación, las partes acuerdan el desistimiento de este concepto.*
6. *El pago de los anteriores valores está sujeto a la prescripción trienal, de conformidad con el auto aclaratorio de la sentencia de unificación de fecha 10 de octubre de 2019.*

No obstante lo anterior, la parte demandada condiciona la propuesta a que la parte demandante acepte la propuesta, para solicitar la correspondiente certificación del comité de conciliación.

Las excepciones de mérito propuestas son:

1. **Correcta aplicación de la formula de liquidación de la asignación de retiro (prima de antigüedad)**, conforme en lo expuesto en la contestación de la demanda CREMIL concluye que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma.

$$(SALARIO \times 70\%) + (SALARIO \times 38.5\%) = ASIGNACIÓN RETIRO$$

2. **Legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Al respecto, es del caso señalar que, desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna, el cual reza: “La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.”

En desarrollo del anterior precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 y

Decreto 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

3. **No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** Sobre el particular cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan en ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de –FALSA MOTIVACIÓN, para lo cual es oportuno tener en cuenta la sentencia No. 10051 del 19 de marzo de 1998 del Consejo de Estado, En el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

Es por lo anterior que la entidad demandada solicita, que con base en las razones jurídicas que se expusieron, se niegue lo pretendido en la demanda.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda se radicó el 13 de julio de 2020 correspondiendo por reparto al presente Juzgado (Fol. 17), quien mediante auto del 09 de julio de 2021 procedió a admitir la misma (Fols. 1 a 4⁸), donde se ordenó la notificación al Director general de CREMIL o quien haga de sus veces, al Agente de Ministerio Público delegado ante el Juzgado y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, mediante providencia del 24 de julio de 2023⁹ se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda se fijó el litigio y se determinó por el Despacho que se procedería a dictar sentencia anticipada, previo traslado a las partes para que rindieran sus alegatos finales por escrito y el Ministerio Público rindiera concepto si así lo consideraba.

El expediente entró al despacho para fallo el 14 de agosto de 2023 ¹⁰.

2.1. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

2.1.1. Parte demandante¹¹

El apoderado de la parte demandante expuso que sobre el tema que nos ocupa ya existe Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado, en efecto la Sección Segunda de dicha Corporación, Consejero Ponente: William Hernández Gómez

⁷ Visto en el documento No. 1 del Expediente Digital.

⁸ Visto en el documento No. 12 del Expediente Digital.

⁹ Visto en el documento No 30 del expediente digital.

¹⁰ Visto en el documento No. 35 del Expediente Digital.

¹¹ Visto en el documento No 33 del expediente Digital

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), manifestó textualmente lo siguiente:

“(…) 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. 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. 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 mensual.

Es de anotar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391- DDJ del 14 de septiembre de 2018 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 20146000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó que «la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio.”

De conformidad con la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado referente a este tema solicitan conceder las pretensiones de la demanda.

2.1.2. Parte demandada ¹²

La apoderada de la parte demandada allegó los alegatos de conclusión conforme al término concedido, donde solicita que con base a las razones jurídicas que expondrá, se niegue lo pretendido por el accionante. En Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, indicó: “la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un

¹² Documento No 27 del SAMI.

salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional”, precisando que “al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio.

Teniendo en cuenta lo conceptuado por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la disparidad de criterios de los despachos judiciales a nivel nacional frente a la liquidación de la prima de antigüedad, fue pertinente que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, continuara aplicando esa interpretación normativa, hasta tanto se definiera mediante Sentencia -SU- del Consejo de Estado, la unificación de este criterio. En fecha 25 de abril de 2019 se profirió la Sentencia de Unificación Radicado: 85001-33- 33-002- 2013- 00237-01 (1701-2016), Consejero Ponente: William Hernández Gómez, en la cual se definió la aplicación e interpretación del Régimen de asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación, las reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, el reajuste del 20% del salario mínimo legal mensual vigente, y la forma de liquidar la asignación de retiro según la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, referente al cómputo de la prima de antigüedad.

Dada la presencia de algunos vacíos de orden jurídico en la jurisprudencia señalada, fue menester solicitar adición y aclaración frente algunos tópicos de la sentencia de unificación, solicitud que quedó resuelta mediante providencia de fecha 10 de octubre de 2019. Una vez ejecutoriada la providencia antes anotada, a partir del 07 de noviembre de 2019, la Entidad por medio del Centro Integral de Servicio al Usuario CISU puso a disposición de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, un modelo de derecho de petición, mediante el cual, el interesado puede solicitar en sede administrativa, la extensión de los efectos de la Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019, conforme a los requisitos establecidos en el Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

Posteriormente, la Entidad mediante oficio ID. 1296577 del 12 de noviembre de 2019, solicito “Concepto de extensión de jurisprudencia” a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE, referenciando el caso de un soldado profesional que solicitaba reajuste por la fórmula de liquidación de la prima de antigüedad y como consecuencia el reajuste e indexación de la prestación. La respuesta de Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- ANDJE oficio 20191030205091-OAJ de fecha 20 de diciembre de 2019, indicó “... corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuar la valoración de pruebas y la verificación de los supuestos de hecho del caso concreto y en este sentido, según lo explicado debe verificar i) si el contenido de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya es objeto de un proceso judicial, situación que en caso de presentarse deberá ser analizada de acuerdo en lo previsto en los artículos 102 y 269 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado y constatar que la situación jurídica y fáctica se acoja a la línea de interpretación en la que puntualizó la sentencia objeto de estudio”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Entidad adoptó las medidas pertinentes para aplicar de manera uniforme la jurisprudencia, a través del mecanismo de la

Extensión de jurisprudencia, contemplada en el 102 de la misma normativa, y en cumplimiento a lo dispuesto en la misma sentencia de unificación en el ordinal cuarto de la parte resolutive.

Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma: $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación retiro}$.

2.1.3. Ministerio Público

No emitió concepto de fondo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

El litigio se contrae en determinar, si *¿Se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo contenido en el Oficio N. CREMIL 20376012 del 26 de abril de 2019, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Luis Gonzaga Laserna Porras, y, en consecuencia, si le asiste o no derecho el demandante al reajuste de tal prestación de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019?*

3.2. Tesis

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y sentencia de unificación del 25 abril del 2019, resulta claro para el Despacho, que al señor Luis Laserna se le estaba liquidando de manera errónea la prima de antigüedad que por derecho le corresponde, por lo anterior se le debe pagar el reajuste respectivo de la asignación de retiro.

3.3. El marco jurídico de las Asignaciones mensuales y de retiro de los miembros de la Fuerza Pública

Tal como se observa de las normas especiales para la Fuerza Pública referidas anteriormente, la *asignación de retiro* se concibió como una prestación a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, para compensar el desgaste físico y mental al que se han visto sometidos¹³ y para garantizar la dignidad de los miembros de la respectiva institución que, con posterioridad a los años de servicio en cumplimiento de funciones de especial riesgo, se enfrentan a la cesación en sus actividades laborales¹⁴. De manera que la *asignación de retiro* es uno de los componentes del derecho a la seguridad social propio de este personal.

En efecto, en relación con la naturaleza de la asignación de retiro, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 precisó que era «prestacional» y que tal emolumento cumplía un fin constitucionalmente determinado, por cuanto su objetivo principal es el de beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública con un régimen diferente, el cual está encaminado a mejorar sus condiciones económicas, dado que la función pública que ejecuta envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

Los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 establecieron el régimen salarial y prestacional del personal de la Fuerza Pública en servicio activo y retirado, en ejercicio de la atribución que le fue conferida por el Legislador al Presidente de la República, compartiendo la competencia sobre este asunto.

El Decreto 1211 de 1990 “*Por la cual se reforma el Estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*”, sobre las asignaciones mensuales de este personal, estableció:

“Artículo 73. ASIGNACIONES MENSUALES. Las asignaciones mensuales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares serán determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia”.

Por su parte el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, estableció una forma de actualización especial para la asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, a la cual se le denominó principio de oscilación, con el propósito que la asignación de retiro reflejara las variaciones que sufren las asignaciones del personal en actividad. Este beneficio fue concedido exclusivamente para las asignaciones de retiro y no para quienes se encontraban en servicio activo.

3.4. Sentencia de unificación del 25 de abril del 2019

El Consejo de Estado con el ánimo de evitar controversias sobre la interpretación y alcance del régimen prestacional de los soldados profesionales de las fuerzas militares emitió el 25 de agosto de 2019, sentencia de unificación CE-SUJ2-015- 19 providencia en donde se determinó lo siguiente:

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

¹³ Corte Constitucional sentencia C-1143 de 2004

¹⁴ Ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de noviembre de 2017, radicación: 05001-23-33-000-2013-01349-01(1169-17), actor: Jorge Elías Salazar Pedreros.

soldados profesionales. 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.”

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 mensual¹⁵. 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 antigüedad¹⁶.

Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.

IV. Caso concreto

4.1 Hechos probados

-Mediante la resolución No. 2177 del 9 de septiembre de 2008 CREMIL reconoció y ordenó el pago asignación de retiro del accionante a partir del 30 de septiembre de ese mismo año. (Fols. 1 a 3¹⁷).

-Resolución No. 14171 del 28 de mayo del 2018, por medio de la cual se ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la asignación de retiro a favor del accionante. (Fols. 4 a 7¹⁸).

- Hoja de servicios emitida por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, donde se liquidan los servicios a corte del 30 de julio del 2008. (Fols. 11 a 12¹⁹).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

¹⁶ Asignación de retiro = $(\text{salario} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad}$.

¹⁷ Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

¹⁸ Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

¹⁹ Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

-Constancia laboral del accionante. (Fol. 29²⁰).

-Derecho de petición radicado por el accionante donde solicita el reajuste de la asignación de retiro del peticionario liquidándola con el 70% del sueldo básico y a este resultado sumarle 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad (Fols. 66 a 68²¹).

-Oficio CREMIL 20376012 del 26 de abril del 2019, por medio de la cual la entidad no atendió favorablemente la solicitud del reajuste de la asignación de retiro, en el cual se precisa que la petición se radicó el 3 de abril de 2019 y esta última fecha fue aceptada por la parte actora en el hecho No 4 de la demanda (Fols. 70 y 71²²).

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En efecto, al revisar el contenido de la norma y la sentencia de unificación del Consejo de Estado se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad.

Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio.

También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comentario, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio, es por lo anterior que se tendrá en cuenta la siguiente formula:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

Adicionalmente teniendo en cuenta la asignación de retiro liquidada al demandante en 2019 (Fol. 29, del anexo 03 del cuaderno principal). Donde el

²⁰ Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

²¹ Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

²² Visto en el documento No. 27 del Expediente Digital.

sueldo básico corresponde al valor \$1.324.986, se debió aplicar la fórmula de la siguiente manera:

$$(1.324.986 \times 70\%) + (1.324.986 \times 38,5\%) = \text{Asignación de retiro}$$

$$927.490 + 510.119 = \$1.437.609 \text{ (asignación de retiro)}$$

Teniendo en cuenta la fórmula establecida por el Consejo de Estado, CREMIL no la aplicó de manera correcta, toda vez que el total devengado por el accionante en su asignación de retiro en el año 2019 es de \$1.284.574, el anterior error se da por cuanto no se esta aplicando el salario completo al sacarle el porcentaje del 38,5%, por lo que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda y se declararán no probadas las excepciones propuestas por CREMIL.

4.2. Prescripción

Frente a este tópico cabe señalar que, de conformidad con la sentencia de unificación anteriormente mencionada, se deberá advertir que la prescripción para este tipo de procesos es cuatrienal, en aplicación de los artículos 10 18 y 174 19 de los Decretos 2728 de 1968 20 y 1211 de 1990, respectivamente. Para el presente caso al radicarse el derecho de petición solicitando el reajuste el 03 de abril de 2019 se declarará la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de abril de 2015.

4.3. Indexación

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por la parte demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el art. 187 del CPACA mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la diferencia entre la reliquidación ordenada en este fallo y lo efectivamente pagado a la parte demandante desde el día 03 de abril de 2015 por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes. De igual forma se ordenará dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

4.4. Descuento de aportes

La parte demandada condenada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos, por cotizaciones a la seguridad social integral por el factor que se ordena reliquidar por concepto de aportes a la seguridad social integral, en caso que no se hubiesen realizado.

4.2. Condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la Sección Primera del Consejo de Estado²³ en la cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del CPACA que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 CGP las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, de conformidad con el numeral 5º del artículo 365 C.G.P.; que establece que en caso de condena parcial puede el Juez abstenerse de hacerlo; sin embargo, no puede pasarse por alto que la contra parte tuvo que contratar abogado para que representara sus intereses, pero a su vez que la entidad demandada tuvo ánimo conciliatorio, en consecuencia, se deberá condenar al pago de las costas de manera parcial, es decir la mitad del mínimo que correspondería.

Con fundamento en la argumentación antes efectuada al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandada. Por consiguiente, el Despacho condenará en costas a la parte demandada, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.960.979 equivalente al 4% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo PSAA16- 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y lo aquí considerado.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE, probada de oficio la excepción de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad 03 de abril del 2015.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad del oficio *CREMIL 20376012 del 26 de abril del 2019*, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por medio el cual se le negó al demandante la petición presentada con el fin de obtener el

²³ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

reajuste de la asignación de retiro.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, a reliquidar y pagar la asignación de retiro del demandante Luis Gonzaga Laserna Porras en lo que concierne a la prima de antigüedad del Señor LUIS GONZAGA LASERNA PORRAS, a partir del 03 de abril de 2015 de la siguiente forma, con base en la interpretación dada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril del 2019:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$$

Por ser la asignación de retiro una prestación periódica de término indefinido, CREMIL deberá continuar pagando las mesadas subsiguientes aplicando la fórmula descrita anteriormente.

La entidad demandada deberá tener especial cuidado al momento de liquidar la prestación, verificar no haber hecho el pago por el concepto que aquí se condena ya sea *motuo proprio* o en virtud de cualquier orden judicial o administrativa.

CUARTO: CONDÉNESE a la entidad demandada a que, sobre las sumas a pagar, liquide y pague el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula reseñada en la parte motiva de este fallo y con las precisiones efectuadas sobre dicha fórmula.

QUINTO: ORDÉNESE a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

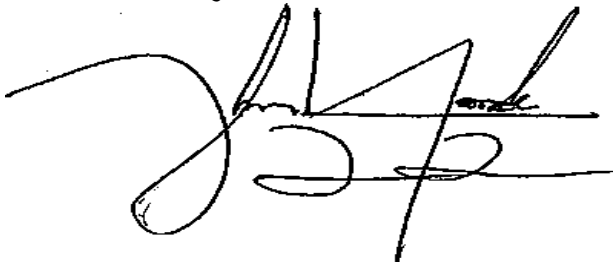
SEXTO: ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL a efectuar de manera indexada los respectivos descuentos, por cotizaciones a la seguridad social integral por el factor que se ordena reliquidar por concepto de aportes a la seguridad social integral, en caso que no se hubiesen realizado.

SÉPTIMO: CONDÉNESE en costas a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL y en favor de la parte actora, conforme la parte motiva de esta providencia. Fijar como agencias en derecho la suma de \$1.960.979 a favor de la parte actora, suma que deberá ser incluida en la respectiva liquidación de las costas del proceso, que se efectuará por la Secretaría del Despacho.

OCTAVO: En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

NOVENO: En firme esta providencia archívese el expediente, previas las constancias y anotaciones de rigor en el aplicativo SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'John Libardo Andrade Flórez', written over two horizontal lines.

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez