



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, dieciocho (18) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Demandante: Carlos Salon Leal
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-
Radicación : 150013333011201500103-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Carlos Salon Leal, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Carlos Salon Leal, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad del Oficio No. 2014-3246 de 21 de enero de 2014, proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento pide que se condene a la Entidad demandada a liquidar la asignación de retiro con el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad. Igualmente que se reajuste la asignación de retiro, año por año, a partir de su reconocimiento, con los nuevos valores que arroje la reliquidación.

Solicita además, que se ordene el pago efectivo e indexado de las diferencias que resulten entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento hasta que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

Finalmente, pide que se ordene el pago de los intereses de moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 y 195 del CPACA y que se condene en gastos, costas y agencias en derecho a la Entidad demandada.

El Despacho advierte que los fundamentos fácticos y la contestación de la demanda quedaron enunciados en la fijación del litigio.

1. Hechos

El apoderado de la parte actora señala que a través de la Resolución No. 193 del 31 de enero de 2012, la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars reconoció asignación de retiro al actor.

Indica que mediante solicitud de 23 de diciembre de 2013, el accionante solicitó que se reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación la establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Refiere que a través de Oficio No. 2014-3246 de 21 de enero de 2014, la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars negó el reajuste solicitado.

2. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Señala que con la expedición del acto administrativo acusado se desconocieron el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 46, 48 y 58 de la Constitución Política, las Leyes 4ª de 1992, 923 de 2004 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Alega que el actor al momento de su retiro, tenía reconocida como prima de antigüedad el 58.5% de la asignación básica de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pero que a partir de la liquidación de la asignación de retiro dicha partida se redujo en forma significativa al 38,5%; y en la actualidad la Entidad le está aplicando a la prima de antigüedad (38,5% de la asignación básica) el 70%, reduciéndola al 26,6%, generándose así una doble disminución de la referida partida.

136

Refiere que pese a que el legislador plasmó en forma clara la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, la Entidad demandada viene liquidando la prestación en forma irregular, generando con ello un detrimento patrimonial a su poderdante y contraviniendo con ello los postulados que rigen el Estado Social del Derecho.

Afirma que al liquidarse la asignación de retiro aplicándole un doble descuento de porcentaje a la prima de antigüedad, se está infringiendo el artículo 2º de la Constitución Política que refiere a los fines esenciales del Estado y el derecho adquirido de recibir dicha prestación en forma integral.

Añade que la Entidad demandada al negar la liquidación de la asignación de retiro omite el mandato constitucional y legal que indica que para determinar la mesada pensional es obligatorio tener en cuenta los ingresos percibidos por el trabajador y liquidarlos como lo establece la norma; y que al no efectuarlo de tal forma, se genera un trato discriminatorio.

Reitera que existe una indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la citada norma y el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794, toda vez que incurre en error en el cálculo del valor de la asignación de retiro, pues toma equívocamente los factores y porcentajes a liquidar, por lo que solicita se proteja el derecho a la seguridad social en el sentido de que su pensión sea pagada en el monto que corresponde según la liquidación establecida en la norma.

Agrega que al pretender aplicar a los soldados voluntarios una asignación de retiro diferente a la que establece la ley, contradice el mandato constitucional de los derechos adquiridos, la progresividad y la favorabilidad con que deben ser aplicadas e interpretadas las normas.

Por último, aduce que la accionada incurrió en falsa motivación cuando negó los derechos reclamados, en razón a que aplica de forma errada el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, aplica el 70% a la asignación básica y al 38.5% de la prima de antigüedad, lo que arroja una mesada menor a la que tiene derecho, pues en la actualidad le están pagando \$836.503 cuando le deben pagar la suma de \$936.159.

3. Contestación de la demanda

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars contestó la demanda (fl. 40 s.) en los siguientes términos:

Manifiesta que no es posible acceder al reajuste solicitado, como quiera que la asignación de retiro que le fue reconocida al actor se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares y a lo señalado en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Transcribe a partes de la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para referir que la fórmula y la liquidación que viene aplicando la Entidad está ajustada a las disposiciones normativas, toda vez que la asignación de retiro debe reconocerse en el equivalente del 70% del salario básico incrementado en el 38,5% de la prima de antigüedad.

Señala que las actuaciones surtidas por la Entidad no se encuentran viciadas de nulidad y por ende de falsa motivación; para fundamentar su afirmación hace alusión a la sentencia de 19 de marzo de 1998 del Consejo de Estado concluyendo que su representada actuó con apego a la ley y por tanto los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

Por último, alega la excepción de prescripción con fundamento en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 y solicita que en el caso de que se acojan las pretensiones se declare probada y se analice la imposición de costas y agencias procesales.

4. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (fl. 104), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio Público guardaron silencio. La parte actora presentó alegatos en los siguientes términos (fl. 106):

Sostiene, que la demandada al momento de liquidar aplica un 70% a la sumatoria de la asignación básica más la prima de antigüedad de que trata el

137

artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de esa manera está realizando una doble afectación a dicha prestación transgrediendo así la norma, pues jamás se ha previsto que al 38,5% de la prima de antigüedad se deba aplicar el 70%, interpretación errónea que arroja una asignación de retiro menor a la que legalmente corresponde.

Cita sentencias del Consejo de Estado de fechas 11 de diciembre de 2014 y 29 de abril de 2015 para precisar cuál es la correcta liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, concluyendo que el monto de la asignación de retiro se establece 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”” (fl. 108 s).*

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho establecer si, atendiendo lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el accionante tiene derecho a que se reajuste el monto de la asignación de retiro ordenando que se liquide con el 70% de la asignación básica, adicionada en un 38,5% por concepto de prima de antigüedad.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. La asignación de retiro para los soldados profesionales.

El Despacho advierte que el Decreto 1793 de 2000 “*Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”, estableció el derecho a los soldados profesionales a obtener una pensión en los siguientes términos:

*“La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente **decreto** se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.”*

Cabe precisar que tal norma fue derogada pero nuevamente cobró plena vigencia, en atención a que la disposición que la había excluido del ordenamiento jurídico (artículo 45 del Decreto 2070 de 2003) fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004.

El régimen pensional así establecido para los soldados profesionales fue derogado por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”; Decreto que a su vez en su artículo 16 estableció el derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro para los soldados profesionales en los siguientes términos:

*“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.”*

Así mismo el Decreto en cita estableció como partidas computables las siguientes:

*“...**Artículo 13.** Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

*(...) **13.2 Soldados Profesionales:***

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

Como quiera que el artículo 18 citado señala que se debe aportar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sobre el 38,5% de la prima de antigüedad, existe plena coincidencia con lo previsto en los artículos 13 y 16, transcritos, en torno a que tal es el porcentaje que se debe tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro que corresponde a los soldados profesionales.

En torno a la forma en la cual deben interpretarse la normativa antes mencionada para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014¹ en la cual precisó:

“En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro (...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo.” (Negrilla fuera del texto).

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá² en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015, cuando al resolver un caso similar al *sub lite* precisó que el porcentaje del 38.5% debe ser adicionado al 70% del salario mensual, así:

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014. Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. C.P.: Dra. María Elizabeth García González.

² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Expediente 1500133330102014-00100-01. Demandante: Gustavo Moreno Olivero. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

“Al tenor de la jurisprudencia antes citada, que esta Sala comparte íntegramente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 el monto de la asignación de retiro al 70% del salario mensual, debe adicionarse el 38,5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

El acto de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, Resolución No. 4783 del 22 de diciembre de 2010 ordenó en su artículo 1° el reconocimiento así:

“-En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 5053 de 2009) 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.” (fl. 22 vto)

Pero, tanto en el numeral 2° del acto demandado –Oficio 2013-71262 (fl. 20)-, como en la certificación de partidas computables expedida por la demanda (fl. 24), se dijo que liquidación de la prestación obedecía al 70% de la suma de sueldo y el 38,5% la prima de antigüedad con lo cual se incumplió la ley, tal como se ha explicado a lo largo de esta providencia. En efecto, de haberse cumplido el acto administrativo de reconocimiento en consonancia con la ley, tal como fue expedido, el valor correspondiente a la prima de antigüedad a efecto de tomar de allí el 38,5%, que ordena la ley, se toma del 100% de lo percibido por el mencionado concepto.”

En suma, queda claro que el porcentaje del 38,5 de la prima de antigüedad que hace parte de la asignación de retiro debe determinarse sobre el 100% del monto devengado por ésta.

3. Caso concreto

En el sub examine se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 193 de 2012, al demandante le fue reconocida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, una asignación de retiro por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en su hoja de Servicios Militares, *“en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000), adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad”* (fl. 21 s).

Según el numeral 2° del acto acusado -Oficio 2014-3246 de 2014- la liquidación de la asignación de retiro para el año 2013 de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, es la siguiente:

“Sueldo básico³ (\$825.300), la asignación será: el (\$577.710⁴) y se le adiciona el 38.5 (\$222.418⁵)= 800.128” (fl. 19 vta.)

Y según la certificación de partidas computables la asignación de retiro del actor para el año 2014 fue liquidada con los siguientes porcentajes:

“Sueldo ⁶	\$862.400
Prima de antigüedad 38,5%	\$332.024
Subtotal	\$1.194.424
Porcentaje de liquidación 70%	
Total	\$836.097” (fl. 23)

Por consiguiente, es claro que la liquidación no se efectuó conforme a lo ordenado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y a lo consignado en el acto de reconocimiento, como quiera en lugar de adicionarse, en forma directa, el 38,5% que corresponde a la prima de antigüedad, se somete al porcentaje previsto para el salario, razón por la cual solo se reconoce el 70% de dicha prestación.

Así las cosas, se concluye que la Entidad ha venido liquidando de manera errónea la asignación de retiro del actor, por consiguiente se declarará la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento se ordenará reajustar la asignación de retiro a partir del **08 de marzo de 2012**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al sueldo básico señalado como partida computable; y una vez obtenido el resultado de dicha operación deberá adicionarse el monto que corresponda al 38,5% de la prima de antigüedad devengada por el demandante.

4. De la excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que en el plenario se acreditó que el accionante se desempeñaba como Soldado Profesional (R) del Ejército Nacional, (fl. 20), le es aplicable lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se

³ SMLMV del año 2013= 589.500 x 40% = 825.300

⁴ Equivale al 70% del sueldo básico

⁵ Valor arrojado después de multiplicar 38,5% por el valor del 70% del sueldo básico

⁶ SMLMV del año 2014=616.000 x 40%= 862.400

reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, norma que establece lo siguiente:

“ARTICULO 113. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaría a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional”

Frente al particular, ha de señalarse que si bien es cierto el Decreto 4433 de 2004, estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años, atendiendo a lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 2009, con radicación interna (2043-08) siendo actor Jaime Alfonso Morales, reiterada en sentencia de 11 de marzo de 2010, radicación: 250002325000200800328 01, actor: Manuel Rodríguez Rodríguez; el mismo no es aplicable, porque la Ley 923 de 2004 no facultó al Presidente de la República para establecer un nuevo término prescriptivo.

La asignación de retiro fue reconocida a través de la Resolución No. 193 de 31 de enero de 2012, efectiva a partir del 8 de marzo de 2012 (f. 21 vto.), interrumpiéndose la prescripción con la solicitud de reliquidación presentada el 23 de diciembre de 2013 (f. 17 - 18), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó en el caso de autos.

5. De las costas

Se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

140

FALLA:

PRIMERO.- DECLARASE no probada la excepción de **Prescripción** propuesta por la Entidad demandada.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014-3246 de 21 de enero de 2014, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición de reajuste a la asignación de retiro al señor Carlos Salon Leal.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro del señor Carlos Salon Leal identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.279.863 de Bogotá, a partir del **08 de marzo de 2012**, aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al sueldo básico señalado como partida computable; y una vez obtenido el resultado de dicha operación deberá adicionarse el monto que corresponda al 38,5% de la prima de antigüedad devengada por el demandante.

CUARTO: ORDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a pagar indexación de las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el H. Consejo de Estado y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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 la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial a la fecha que debió hacerse el pago. Es claro que por tratarse de

pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquídense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

SEPTIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE por Secretaría el contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez