



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, dieciséis (16) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021)

<i>Referencia:</i>	<i>Nulidad y restablecimiento del derecho.</i>
<i>Radicación:</i>	<i>15759-33-33-002-2019-00193-00.</i>
<i>Demandante:</i>	<i>Olivia Gallego Echeverry y otros</i>
<i>Demandado:</i>	<i>Caja de Retiro de las Fuerzas Militares</i>

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Olivia Gallego Echeverry en nombre propio y en representación de sus hijos: Laura Carolina, Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego, por intermedio de apoderado, solicita que se declare la nulidad del Oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó la re-liquidación de la sustitución de asignación de retiro.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la demandada: a) la reliquidación de la sustitución de asignación de retiro tomando como base el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, a partir de octubre de 2003, b) la reliquidación de las cesantías tomando como base la asignación básica mensual incrementada en un 60%; c) el reajuste de la asignación de retiro indicando que al salario básico luego de aplicar el 70%, se adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

Así mismo, que se indexen la sumas que resulten probadas y se disponga el pago de intereses moratorios y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA (*fls. 1-2*).

En lo que respecta al reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar en el mismo porcentaje que lo venía percibiendo en actividad, en el equivalente al 62.5% de la asignación básica, se desiste de la petición de incluir esta partida, atendiendo la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2019, radicado No. 8500133330022023701.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fls. 3-6) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al SLP FELIZ ELIECER ORTIZ (Q.E.P.D.) quien se identificaba en vida con la C.C. No. 4.270.925 mediante la Resolución No. 2442 del 17 de marzo de 2014.

Posteriormente mediante Resolución No. 1994 del 15 de marzo de 2017 CREMIL ordenó la sustitución de la asignación de retiro en favor de la señora Oliva Gallego Echeverry en su calidad de cónyuge sobreviviente y de sus hijos Laura Carolina, Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego.

Señala que a través del decreto 1794 de 2000 se fijó el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, y estableció las condiciones y partidas para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales indicando que devengarían un 70% del salario básico mensual, incrementado en un 38,5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Agrega que en la liquidación de la asignación de retiro la entidad demandada dio una indebida aplicación al Art. 16 del Decreto 4433 de 2004 al estimar que al salario se le debía adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor el 70% para calcular la mesada, lo cual desmejoraría esa partida.

Indica que mediante Decreto 1793 de 2000 el gobierno nacional creó dentro de la estructura de la Fuerza Pública, la modalidad de Soldados Profesionales. Al homologarse al SLP Felix Eliecer Ortiz como soldado profesional se le cancelaron sus haberes sobre un sueldo básico de un salario mínimo, más un 60% del mismo salario.

Sin embargo a partir del mes de octubre del año 2003, en forma inconsulta y arbitraria el Ejército Nacional comenzó a liquidar la asignación mensual teniendo en cuenta un salario básico equivalente a un salario mínimo más el 40%, disminuyendo de esta forma la asignación en un 20%.

Pone de presente que el Consejo de Estado se pronunció al respecto mediante sentencia de unificación, de fecha 25 de agosto de 2016, dentro del radicado No. 2013-00060-01 M.P. la Dra. Sandra Lizeth Ibarra Vélez, por lo que de conformidad con el acto administrativo demandado 2018-93351 de fecha 20 de septiembre de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cumplimiento de la citada providencia procedió a expedir la Resolución 12867 del 03 de mayo de 2018, sin embargo dicha liquidación no cobijó los años desde que le fue otorgada la asignación de retiro al SLP Felix Eliecer Ortiz, esto es, desde el 15 de abril de 2014, adicionalmente a ello la mencionada Resolución se encuentra en trámite de notificación.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Preámbulo y los artículos 1, 4, 13, 42, y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: Ley 923 del 2004, artículos 2° y 2.7; artículos 2 y 5 del Decreto 4433 del 2004.

Argumenta que por medio del Decreto 923 del 2004 el legislador creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten sus servicios por veinte años adicionalmente, por medio del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se reglamentó el reconocimiento, monto, y procedimiento de dicha prestación indicando que sería el equivalente al 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, por lo que considera que el acto administrativo demandado quebranta los principios rectores de nuestra constitución como es el caso del derecho a la igualdad. Es así como en el artículo 3° del Decreto 4433 dejó establecido que el régimen pensional que se establezca para la fuerza pública debe obedecer a criterios de universalidad, igualdad, equidad y solidaridad, al desmejorar el monto de la mesada pensional, así mismo lesiona la precitada norma por aplicar indebidamente las partidas para liquidar el monto de la asignación de retiro.

Agrega que CREMIL al momento de computar la partida correspondiente a la prima de antigüedad, la ha computado de manera errónea puesto que, al momento de liquidar dicha partida en la asignación de retiro lo que hace es estimar que a la asignación básica, se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada, es decir, no está cumpliendo lo preceptuado en el mencionado decreto. Para aclarar su postura cita la sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez del 25 de abril de 2019.

Finalmente, explica que el acto enjuiciado está viciado por falsa motivación al no existir correspondencia entre los supuestos fácticos y jurídicos sobre los cuales se fundamenta.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL contestó a la demanda (*Arch.09*) dentro de la oportunidad legal, en la que se opone a las pretensiones de la demanda, pues considera que el acto administrativo demandado se expidió con base en los lineamientos legales.

Manifiesta que la entidad accionada, reconoció asignación de retiro al Señor Soldado Profesional (RA) FELIX ELIECER ORTIZ (q.e.p.d.), mediante Resolución No. 2442 del 17 de marzo de 2014, con efectos a partir del 15 de abril de 2014, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 11 meses y 0 días, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares; agrega que por medio de Resolución 1944 del 15 marzo de 2017 se ordena el pago de los haberes dejados de percibir por el causante y el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro.

Posteriormente, con Resolución N° 12867 del 3 de mayo de 2018 se ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%.

Aduce que debe tenerse en cuenta la sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez del 25 de abril de 2019, No. 85001333300220130023701, la cual refiere las partidas computables reconocibles en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales y los Infantes de Marina.

Indica que no es procedente que CREMIL efectúe interpretaciones de las normas que regulan la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, contrariando el querer del legislador definido en las mismas.

Arguye que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad en los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por su representada se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Respecto a las costas y agencias en derecho considera que de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA el Juez debe estudiar la conducta de las partes para definir si es procedente la condena, por lo cual ha de tomarse en cuenta que la entidad no efectuó actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el proceso, por lo que solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho.

Propone la excepción de *prescripción*.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 22 de noviembre de 2019, correspondiéndole a este Despacho y mediante auto del 09 de diciembre de 2019 se admitió el medio de control, (*Arch.10*).

El Despacho advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no se hace necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, dispone que es viable dictar sentencia anticipada escrita, previo traslado para alegar (*Inc. final art. 181 de la Ley 1437 de 2011 conc Art. 118 CGP*), por lo que mediante auto de fecha 08 de marzo de 2021 resolvió abstenerse de fijar nueva fecha para la celebración de audiencia inicial en el asunto de la referencia y ordenó correr traslado a las partes por el término de **10 días** para que allegaran al correo electrónico institucional dispuesto, sus alegatos de conclusión, y el Ministerio Público emitir concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora Oliva Gallego Echeverry en calidad de beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro del fallecido SLP Felix Eliecer Ortiz, tiene derecho a que se le reajuste dicha prestación, tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% según lo establecido en el inciso 2° del Artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 y se paguen las diferencias que resultan.

En segundo lugar se debe determinar si la demandante tiene derecho a que el monto de la sustitución de la asignación de retiro que percibe, se establezca aplicando el 70% al salario básico y luego se suma a dicho resultado, el equivalente al 38.5% de la prima de antigüedad.

Surge un tercer problema jurídico que debe ser atendido en este proceso, el cual se contrae a determinar si le asiste derecho a la demandante a que se reliquide el auxilio de cesantías definitivas, con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% desde el mes de octubre de 2003 hasta la fecha en que se realice el correspondiente reajuste.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

En virtud de los artículos 73 y 74 del C.G.P., a la demanda deberá acompañarse el poder para iniciar el proceso; cuestión que no se observa en el presente asunto, respecto de la señorita Laura Carolina Ortiz Gallego, en tanto fue incluida en el libelo introductorio como menor de edad y se menciona que es representada legalmente por la señora Olivia Gallego Echeverry, conforme a la documental allegada, se evidencia que al momento de la presentación de la demanda el 22 de noviembre de 2019 según el acta de reparto (fl.1 Archivo 02), ya contaba con la mayoría de edad, como quiera que nació el 15 de octubre de 2000, en consecuencia no se encuentra aportado el memorial poder que faculte a la profesional del derecho, para ejercer a nombre de ella el Medio de Control impetrado.

En efecto, respecto a la designación de apoderado judicial, el artículo 73 del C.G.P., aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del Art. 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

“(...) Derecho de postulación. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

En su lugar el artículo 74 ibídem, refiere,

“(...) El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas (...).”

Conforme a la norma en cita, queda claro que para acudir con una demanda en ejercicio de uno de los medios de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, se debe hacer a través de abogado titulado, a quien debe conferir el correspondiente poder para actuar.

En este caso, se observa que LAURA CAROLINA ORTIZ GALLEGO, se ha tenido como parte demandante desde el inicio del proceso, de quien se observa en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro, es nacida el 15 de octubre de 2000 (fl.31-33 archivo 02) por lo tanto a la fecha de presentación que data del 22 de noviembre de 2019, ya había cumplido la mayoría de edad, de suerte que en este proceso no otorgó poder para demandar y por ende no cumple con las exigencias del derecho de postulación referido en el marco normativo citado en este capítulo.

Valga recordar que en auto del 06 de septiembre de 2021, se ordenó poner en conocimiento de la parte actora, sin embargo la actora guardó silencio, sin que tampoco se allegara poder para ser representada ante esta jurisdicción.

En consecuencia, se presenta inepta demanda frente a la mencionada, por lo que ante la carencia de poder para demanda, no cabe pronunciamiento de fondo respecto del eventual derecho que le pudiera corresponder a Laura Carolina Ortiz Gallego, razón por la cual el Despacho se inhibirá para fallar el fondo del asunto en lo que a ella corresponde.

10. MARCO NORMATIVO

Monto de la asignación básica aplicable a los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales.

Para resolver el **primer** problema jurídico, relacionado con el monto del salario básico para liquidar la asignación de retiro, se señala el siguiente marco jurídico:

La Ley 131 de 1985, estableció la posibilidad de que quienes hubieren prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del **servicio militar voluntario**, por un lapso no inferior a 12 meses, así desde su vinculación, quedarían sujetos a las reglas judiciales, disciplinarias y prestacionales de las Fuerzas Militares.

El Art. 4 *ídem* señaló que tendrían derecho a una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 1° de la Ley 578 de 2000² se expide el **Decreto Ley 1793 de 2000** “por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, cuyo artículo 1° definió la calidad de soldado profesional.

A su vez el párrafo del artículo 5° *ídem* dispuso la posibilidad que los soldados voluntarios (vinculados por Ley 131 de 1985) expresaran al Comandante de Fuerza, su intención de incorporarse como **soldados profesionales** y con el fin de garantizar derechos adquiridos, se contempló un régimen de transición que les tendría en cuenta la antigüedad, el porcentaje de prima de actividad que tenía reconocido.

El artículo 38 *ídem*, autorizó al Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, con base en la Ley 4 de 1992, sin que ello implicara desmejorar *derechos adquiridos* como consagra el artículo 2°, literal a) por lo cual se expide el Decreto reglamentario **1794 de 2000** (*Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales*) cuyos incisos 1° y 2° del Art. 1° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales:

“Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

² “**Artículo 1°.**- <El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1493 de 2000>. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía”² Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. *cional y se dictan otras disposiciones.*” (Subraya la Sala).

Se instituye entonces un régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de soldados profesionales, en materia salarial quienes se incorporen conservarían el monto de su sueldo básico anterior como soldados voluntarios, puesto que de los decretos expedidos en el año 2000 citados, en ninguno de sus apartes establece que su salario mensual sería el mismo monto que devengan los soldados profesionales recién incorporados.

El asunto bajo estudio ha sido objeto de diversas interpretaciones por los distintos niveles jerárquicos de la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo cual, para resolver este asunto el Despacho se apoya en la Sentencia de unificación del 25 de Agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, siendo ponente la Magistrada SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, expediente CE-SUJ2 No. 003/16, providencia en la cual se interpreta el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el monto de la asignación básica de aquellos soldados voluntarios que fueron incorporados a soldados profesionales, que en relación con la interpretación del Decreto reglamentario 1794 de 2000 señala:

Primero. *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º (...) la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º (...) la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

El numeral tercero que refiere a los descuentos que debe hacerse por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás.

Cuarto. *La sentencia no es constitutiva del derecho (...) por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla (...) en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente*

Fórmula correcta para liquidar la prima de antigüedad.

El marco jurídico al que se acude para resolver el **segundo** problema jurídico, relacionado con la fórmula para calcular el porcentaje de prima de antigüedad que aplica para liquidar la asignación de retiro, deviene de la interpretación del Decreto 4433 de 2004.

Esta norma adopta dos sistemas diferentes para liquidar la asignación de retiro, uno aplicable a los Oficiales y Suboficiales, que en los artículos 14 y 15, aplica un método simple que señala un porcentaje específico aplicable a todas las partidas computables; el otro sistema aplica a los soldados profesionales en cuyo artículo 16 *ídem* acogió un método compuesto, que señala que la prestación equivale al 70% del salario mensual indicado como partida computable, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad.

Al respecto se resalta que si el ejecutivo hubiese querido que primero se sumara el sueldo básico con la prima de antigüedad y luego se aplicara el 70% a la sumatoria de estos dos valores, lo lógico hubiese sido que se aplique la misma fórmula simple que se eligió para los Oficiales y Suboficiales, es decir, que hubiere indicado que la asignación de los soldados profesionales equivalía al 70%

de las partidas computables, dentro de las cuales conforme al artículo 13 *ídem*, se encuentran el salario y el porcentaje de la prima de antigüedad, sin embargo la norma estableció un procedimiento diferente que sugiere que el 70% únicamente se aplica al salario básico y no a la prima de antigüedad.

La interpretación correcta de esta disposición permite colegir que el valor de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se establece aplicando el 70% al salario básico señalado como partida computable, al cual, como solicita el demandante, debe sumarse o adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad.

Lo anterior cierra su discusión en cuanto a la forma de liquidación, con la reciente Sentencia de Unificación adiada del 25 de abril de 2019, Rad. 85001-3333-002-2013-00237-01 (1701-16) del Consejo de Estado, en la que sienta con claridad la regla explicada.

“8. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

232. Como se expuso en precedencia, 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.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad) 70%=Asignación de Retiro*

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a 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 (38,5%) 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».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

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.”

Finalmente no se cita marco normativo frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, en la medida que no corresponde a CREMIL definir el derecho deprecado, sino al antiguo empleador, Ejército Nacional, el cual no es parte de este proceso.

11. CASO CONCRETO

Establecidas las premisas legales y jurisprudenciales anteriores, propician el escenario adecuado para analizar el presente caso conforme a la siguiente:

Está demostrado que CREMIL reconoció al SLP® FELIX ELIECER ORTIZ asignación de retiro mediante la Resolución No. 2442 del 17 de marzo de 2014, (fls.31-33; Arch.02), señalando que sería en cuantía del 70% del salario básico adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

Está acreditado además que mediante resolución 1944 del 15 de marzo de 2017, son beneficiarios de sustitución de asignación de retiro la señora Olivia Gallego Echeverry y los menores: Laura Carolina, Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego (fls.35-42; Arch. 02). Se itera que a la fecha de presentación de la demanda, LAURA CAROLINA ORTIZ GALLEGO, y había cumplido la mayoría de edad y no otorgó poder judicial para ser representada.

De igual manera reposa el Oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018 expedido por CREMIL (fl.25-28; Ar.01) que responde la petición radicada el 05 de septiembre de 2018 (fl.19-24; Ar.01) en el cual solicita el reajuste de la sustitución de la asignación de retiro tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% y la aplicación correcta de la prima de antigüedad.

Del reajuste del 20%

Se pasa a determinar si la parte demandante tiene derecho a que se le reajuste la sustitución de la asignación de retiro, tomando como base el salario mínimo incrementado en un 60% según lo establecido en el inciso 2° del Artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 y se paguen las diferencias que resulten.

Al respecto se encuentra acreditado que mediante Resolución N° 12867 del 3 de mayo de 2018 (fls.17-24; Arch. 10), se ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, como partida computable dentro de la sustitución de asignación de retiro del SLP del ejercito FELIX ELIECER ORTÍZ, a favor de los beneficiarios: señora Olivia Gallego Echeverry y de sus hijos menores Laura Carolina, Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego, declarando prescritos los valores resultantes del incremento del 20%, efectiva desde el 16 de agosto de 2017, es decir las diferencias causadas con

más de tres años de anterioridad al 16 de agosto de 2017, la cual fue notificada por aviso (fls. 17-24; Arch.10) y además se liquida con esta fórmula como constata el complemento de la hoja de servicios expedida el 2 de agosto de 2017, en la que se evidencia que el sueldo básico equivale al salario mínimo mensual incrementado en un 60% (fl.34 archivo 02)

En virtud de lo anterior y en atención a que la demandada CREMIL en sede administrativa reajustó la partida de sueldo básico en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, según lo establecido en el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000, fecha anterior a la presentación de la demanda que data del 22 de noviembre de 2019.

Valga señalar que el Oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018 expedido por CREMIL (fl.25-28; Ar.01) no decide desfavorablemente frente al derecho deprecado, sino que expresamente señala que CREMIL con anterioridad incluso a la petición, ya había expedido la Resolución N° 12867 del 3 de mayo de 2018 (fl.25-28; Ar.01), mediante la cual ya reconoce el pretendido derecho, por lo que es claro que el acto administrativo no niega el derecho, sino que reitera su reconocimiento previo en acto anterior, razón suficiente para señalar que el acto acusado en este proceso, no se encuentra viciado de nulidad, al menos no en relación con la partida de sueldo básico en la sustitución de asignación de retiro.

Partida prima de antigüedad

Conforme a la Resolución de reconocimiento expedida por CREMIL y lo manifestado en la contestación de la demanda, la asignación de retiro se liquida sumando el sueldo básico más el 38.5% de la prima de antigüedad y luego a dicho resultado, se aplica el equivalente al 70%, lo cual no es correcto desde la vista interpretativa del Consejo de Estado, criterio que acoge este Despacho, sino que dicho factor computable se debe adicionar de forma completa, después de aplicar la referida tasa de reemplazo al sueldo básico.

De acuerdo con la Resolución 2442 del 17 de marzo de 2014 (fls.31-33, Archivo 02), acto de reconocimiento de la asignación de retiro del causante FELIX ELIECER ORTÍZ en el año 2014, toma el salario básico al que aplica la tasa de reemplazo del 70% y a dicho resultado, le extrae el 38.5% por concepto de prima de antigüedad, lo cual no es correcto, porque este factor se toma del 100% salario básico, sin aplicar la tasa de reemplazo (70%), para luego si sumar los dos componentes. Este yerro se repite en el complemento de la hoja de servicios expedida el 2 de agosto de 2017 (fl.34 archivo 02)

En este orden, considera el Despacho que el Oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018, está viciado de ilegalidad por cuanto no corrige el yerro en la fórmula de cálculo identificado y explicado en precedencia, sino que se limita a hacer recuento normativo y señalar que este factor se adiciona, empero conforme a la formula aritmética aplicada, se establece que el acto se funda en una interpretación errónea de las normas en que debía fundarse, razón por la cual se declarará la nulidad y se ordena restablecer el derecho ajustando esta partida

Se itera que no se puede ordenar incluir en la liquidación, la fracción del 10% que le corresponde por sustitución de asignación de retiro a LAURA CAROLINA ORTIZ GALLEGO, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda, había cumplido la mayoría de edad y no otorgó poder judicial para ser representada en este proceso, ni subsanó el requerimiento hecho por el Juzgado, de quien se anuncia, le asiste un derecho autónomo y separado respecto del que le asiste a su mamá y a sus hermanos quienes en calidad de menores de edad a la fecha de

presentación de la demanda, todos aquí demandantes, están representados legalmente por su progenitora, quienes en conjunto no configuran litisconsorcio necesario, sino facultativo por activa, dado que a cada beneficiario le corresponde una cuota parte del monto de la mesada pensional.

Valga señalar que en este proceso no se discuten los haberes o sus diferencias dejadas de cobrar en vida por el SL FELIX ELIECER ORTÍZ, como titular de asignación de retiro reconocida desde el 15 de abril de 2014 mediante resolución 2442 del 17 de marzo de 2014 (fl.31-33 archivo 02), sino que el litigio se circunscribe a la legalidad del acto que niega el reconocimiento de las diferencias en la liquidación del derecho a la sustitución de la asignación de retiro que emerge con ocasión de su fallecimiento el **18 de diciembre de 2016**, derecho reconocido por CREMIL a la parte demandante mediante resolución 1944 del 15 de marzo de 2017 (fls.35-42; Archivo 02)

Valga decir que se trata de derechos totalmente distintos, dada su naturaleza jurídica y la fuente de producción, en la medida que el primero se reconoce al titular (militar retirado con asignación de retiro) de forma vitalicia, por cumplir 20 años de servicio al Ejército Nacional, mientras que el segundo derecho (sustitución de la asignación de retiro), emerge con ocasión del fallecimiento del titular del primer derecho y se reconoce en favor de sus beneficiarios por razones de filiación y dependencia económica, derecho que tiene una temporalidad para el caso de los hijos, dado que se suspende al cumplir 18 años de edad, el cual prolonga mientras se encuentren cursando estudios, empero dicho derecho en todos los casos, se extingue cuando el titular llega a la edad de 25 años, ora que la cónyuge sobreviviente, conserva ese derecho de forma vitalicia, sin perjuicio del debate sobre la pérdida del derecho por contraer segundas nupcias.

Por lo que la decisión contenida en esta providencia se limita al referido extremo temporal, dado que la petición que dio origen al acto demandado, no indicó periodo de reclamación del derecho de una parte y de otra, dicho derecho no se reclamó ante la administración como un haber de la masa herencial o de la sociedad conyugal que surge con el fallecimiento (asignación de retiro o sus diferencias, ambas que haya dejado de cobrar), sino que recae en la sustitución de ese derecho.

En tal virtud, declarada la nulidad parcial del acto acusado y en consecuencia se ordenará liquidar la asignación de retiro de la parte demandante tomando como fundamento la aplicación correcta del porcentaje de la prima de antigüedad únicamente de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales.

Reajuste del auxilio de cesantías

Para resolver el tercer problema jurídico por parte del Despacho concierne verificar si en el sub lite se configura la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, la cual será resuelta en el acápite de excepciones.

12. DE LAS EXCEPCIONES

Se advierte que la apoderada de CREMIL propuso la excepción "**prescripción**", regulada en artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que dispone que el fenómeno extintivo opera cuando el titular de un derecho determinado, no lo ejerce dentro de los tres (03) años siguientes a la fecha en que se hace exigible y precisa además que el reclamo recibido por autoridad competente, interrumpe el término por un lapso igual.

Teniendo en cuenta que en el *sub examine*, la parte actora presenta la reclamación administrativa el 5 de septiembre de 2018, por lo que el termino se interrumpió por una vez hasta la presentación de la demanda el 22 de noviembre de 2019 según el acta de reparto (*Arch.02*) por lo cual se declara la prescripción de las diferencias que resultan en las mesadas causadas con tres años de anterioridad a dicha fecha, es decir, con anterioridad al 5 de septiembre de 2015, empero recuérdese que la sustitución de la asignación de retiro se encuentra reconocido desde **18 de diciembre de 2016**, fecha en que fallece el SP FELIX ELICER OTRIZ, conforme a la resolución 1944 del 15 de marzo de 2017 (*fls.35-42; Archivo 02*) de quien proviene el derecho a la sustitución pensional, efectivo desde el 15 de abril de 2014, según el acto de reconocimiento de asignación de retiro contenido en la resolución 2442 del 17 de marzo de 2014 (*fl.31-33 archivo 02*).

En suma, no se configura la prescripción trienal respecto de las diferencias que resultan de aplicar de forma correcta la fórmula para calcular la partida de prima de antigüedad en la sustitución de la asignación de retiro causadas en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2016 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 5 de septiembre de 2018, como tampoco las que le siguen, dado que fue interrumpido por una sola vez, por lo tanto, no prospera el medio exceptivo.

De otro lado el Despacho resolverá de oficio la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, a efectos de dar solución al tercer problema jurídico planteado, sobre si le asiste derecho al demandante a que se reliquide el auxilio de cesantías con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% desde el mes de octubre de 2003 hasta la fecha en que se realice el correspondiente reajuste.

Para resolver la excepción, se recuerda que la figura de la legitimación en la causa es la capacidad subjetiva para ser parte en el proceso y además constituye un presupuesto procesal para que se profiera en decisión de fondo en la litis.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ³, ha diferenciado la legitimación en la causa de hecho y material. Entendiendo la primera, como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado, mediante la pretensión procesal; o en otras palabras la relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Por lo tanto, se aduce que quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho por activa, y a quien se cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Y por la segunda, legitimación ad causa material, alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, con independencia de si se ha demandado o no, o de que haya sido o no demandado.

Por lo anterior, un sujeto puede estar legitimado en la causa de hecho, pero no tener legitimación en la causa material, de lo cual se deriva que las pretensiones formuladas no sean procedentes, ya sea porque el demandante no es el titular del bien jurídico protegido o porque el demandado no deba resarcir el perjuicio a él causado.

Si bien el auxilio de cesantía es una prestación periódica, la misma pierde dicho carácter a partir del momento del retiro del beneficiario en casos como el que nos

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

ocupa, como quiera que el SP FELIX ELICER OTRIZ (fallecido el 18 de diciembre de 2016) era miembro activo del Ejército Nacional, y cuyo pago estuvo a cargo del Ministerio de Defensa, por ello cualquier desacuerdo frente a la liquidación de la misma, debe realizarse en sede administrativa mediante el ejercicio de los recursos de impugnación previstos en el código de procedimiento administrativo y en caso de persistir, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para verificar la legalidad de la decisión de la administración, actuaciones que en todo caso debe realizarse dentro de las oportunidades establecidas por el legislador.

En el caso concreto está probado que el demandante se retiró del servicio el 14 de abril de 2014 tal como consta en la resolución 2442 del 17 de marzo de 2014 (fl.31; Arch.01), de suerte que en caso de inconformidad frente a la liquidación definitiva del auxilio de cesantías, el titular del derecho, debió impugnar dicho acto interponiendo los recursos en sede gubernativa, ante el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por lo que surge de bulto que no era posible acudir en sede judicial deprecando tal pretensión frente a CREMIL, entidad que no tiene dentro de sus funciones, el pago de prestaciones salariales al personal activo.

Por lo tanto, se declarará que la excepción de *falta de legitimidad en la causa por pasiva* con relación a la reliquidación del auxilio de cesantías, tiene vocación de prosperidad, misma que se analiza de oficio para responder el tercer problema jurídico planteado y la pretensión propuesta por activa en este sentido.

13. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor de la parte demandante, por el guarismo 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 vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

14. DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS

La entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a sanidad y las demás a que haya lugar, no efectuados sobre las diferencias de la **sustitución** de la asignación de retiro reconocida en esta sentencia, aplicable a todo el periodo, el cual es inferior a cinco años desde la efectividad del mismo que data desde el 18 de diciembre de 2016, hasta la reclamación del derecho el 5 de septiembre de 2018.

El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

15. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad del oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018, no se hace con el alcance solicitado en la demanda como quiera que no se declara la nulidad del acto en relación con la solicitud de reconocimiento del reajuste de la partida de salario básico y prospera la excepción de falta de legitimación por pasiva frente a la reliquidación del auxilio de cesantías y se niegan las pretensiones formuladas en la demanda en favor de Laura Carolina Ortiz Gallego, sin contar con poder para tal efecto; además el derecho deprecado en relación con la partida de prima de antigüedad, no se reconoce desde la fecha pretendida.

16. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”

FALLA:

Primero.- Inhibirse de proferir decisión de fondo respecto las pretensiones incoadas por la abogada Caterine Páez Cañon en nombre de Laura Carolina Ortiz Gallego, sin contar con poder para tale efectos.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2018-93518 del 21 de septiembre de 2018, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL en cuanto no corrige la fórmula aplicada para liquidar la partida de prima de antigüedad en la sustitución de la asignación de retiro de: Olivia Gallego Echeverry y de Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego, en lo demás se mantiene incólume.

Tercero.- A título de restablecimiento del derecho, se **ordena** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL a ajustar la sustitución de asignación de retiro de Olivia Gallego Echeverry identificada con cedula de ciudadanía N° 52.347.013 quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores a la presentación de la demanda: Nejeth Jhoana, Yinna Marcela, Kelly Johana y Juan Alejandro Ortiz Gallego y se **condena** a pagar las diferencias que resultan desde el **18 de diciembre de 2016**, teniendo en cuenta el siguiente parámetro:

Al resultado obtenido de aplicar el equivalente al 70% a la partida del sueldo básico mensual, se sume o adicione el valor correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad liquidada sobre el 100% del sueldo básico.

Cuarto.- Ordenar que la liquidación realice los descuentos con destino a sanidad y los demás a que haya lugar, aplicable a todo el periodo, sin que el descuento exceda el monto de la condena.

Quinto.- Declarar fundada de oficio la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* estudiada de oficio por el Juzgado, en relación con la pretensión de reliquidar auxilio de cesantías.

Sexto.- Declarar no fundada la excepción de *prescripción* de las diferencias que resultan, propuesta por CREMIL.

Séptimo.- Negar las demás pretensiones de la demanda

Octavo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Noveno.- CREMIL debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

Decimo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

DVP

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

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: **265e01163a06c897c01b6951abe8203ef8a88d069116adf25411898e7021cf3e**

Documento generado en 16/12/2021 10:51:07 AM

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