



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-004-2016-00175-01
DEMANDANTE:	LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

El señor LUIS FERNANDO PAREJA ARENAS, por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda, solicitando, que se declare la nulidad de los oficios No. 0012578 de febrero 29 de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro, y No. 0024969 de abril 19 de 2016, mediante el cual se resolvió de forma negativa el recurso de reposición interpuesto.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro tomando como base para la liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto

¹ Folios 32-41 cuaderno de primera instancia.

1794 de 2000; se condene igualmente a la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con el 70% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad.

Igualmente pretende, se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, ya que viola en el caso particular el principio fundamental a la igualdad, al no incluirse el subsidio familiar como partida computable de la liquidación de la asignación de retiro.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, se expuso que:

El actor ingresó a la Armada Nacional en calidad de soldado voluntario el 26 de marzo de 1996, teniendo tal condición en el mes de diciembre del 2000, por lo que la vinculación en ese periodo estuvo gobernada por los parámetros de la Ley 131 de 1985.

Por decisión de la Armada Nacional, el señor LUIS FERNANDO PAREJA ARENAS al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser soldados profesionales a partir del 14 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004. Estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en adelante CREMIL, la que le fue reconocida mediante Resolución No. 2324 de 17 de marzo de 2015.

La asignación de retiro reconocida se encuentra indebidamente liquidada, pues no tiene en cuenta lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, según el cual la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares debe ser equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual y a lo anterior, se debe adicionar un 38.5% de la prima de antigüedad, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En el mismo sentido, la liquidación de la asignación de retiro en comento desatendió lo estipulado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues, debió liquidarse con base al salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% tal como lo hizo la entidad accionada.

Y por último, CREMIL no incluyó como partida computable para establecer el monto de la asignación de retiro, el subsidio familiar devengado por el actor en aplicación al artículo 23 del Decreto 4433 de 2004. Para tal fin, sostuvo que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contraria a los artículos 13 y 53 de la C. P., ya que los soldados profesionales se encuentran en desigualdad de condiciones con respecto de los Oficiales y Suboficiales de la Armada Nacional y demás miembros de la Fuerzas Militares y Ministerio de Defensa, pues para ellos se incluyen como partida computable para la asignación de retiro el subsidio familiar.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones aludidas por la parte actora, aceptando lo hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y negando los restantes. Propuso las siguientes excepciones:

- i) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.** Argumenta que las normas que regulan y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, gozan de presunción de legalidad por lo que siendo los actos en que se fundamenta la decisión demandada, también está revistada de legalidad.
- ii) No configuración de causal de nulidad.** Dice que no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos, por el contrario, sostiene que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.
- iii) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** Afirma que la entidad ha actuado con apego al ordenamiento jurídico motivo suficiente para que se infiera que el acto acusado está desprovisto de cualquier motivación ajena a la realidad legal.
- iv) No configuración de violación al derecho a la igualdad.** Justifica esta excepción diciendo que no se ha vulnerado tal derecho

² Folios 56-61 cuaderno de primera instancia.

constitucional, pues, fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por lo que sí el accionante tiene reproches contra las normativas que sirvieron de sustento para el reconocimiento de la asignación de retiro, deberá atacarlas judicialmente cuyo resultado tenga un directriz y efecto directo a esa entidad demandada, pues ésta tiene proscrita la facultad de realizar interpretaciones a las normas prestacionales de estos servidores del Estado.

- v) Prescripción.** Advierte que si en gracia de discusión al accionante le asiste el derecho pretendido en esta oportunidad, se le debe aplicar al derecho reconocido la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, culminada la realización de la audiencia inicial efectuada el 7 de febrero del 2017, profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad de los actos demandados; además, como restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada, a reliquidar la asignación de retiro del Infante de Marina Profesional ® señor LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo referida a el 70% de la asignación básica, correspondiente a un S.M.L.M.V, incrementado en un 60% conforme lo establecido en el inciso 2º del Decreto 1794 de 2000 más el 38.5% de la prima de antigüedad, más el 30% del subsidio familiar, sin aplicarle ningún descuento adicional.

Afirmó el A quo, luego de hacer un recuento normativo de las premisas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerzas Militares, como también el análisis jurídico realizado en torno al derecho a la igualdad de los soldados profesionales con respecto a los oficiales y suboficiales de las filas castrenses, al abordar el caso concreto concluyó:

"como respuesta al problema jurídico y solución del caso tenemos: 1) la asignación básica debió fijarse con base en un salario mínimo de la época aumentado en un 60% por cuanto una interpretación sistemática e integral, de las normas que consagra la especialidad del régimen

³ Fols. 144-151

salarial y prestacional de los soldados profesionales, la asignación básica de los mismos deberá ser calculada conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; 2) no están debidamente liquidados los porcentajes de las partidas que conforma la asignación salarial por una mala interpretación de la norma; y 3) el subsidio familiar ya fue incluido como partida computable conforme el Decreto 1156 del 02014, norma que se le aplica al actor por haber obtenido la asignación de retiro en vigencia del mismo.”

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN.

Tanto la parte demandante como CREMIL presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

.- **Parte demandante**⁴. Se opuso parcialmente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo en fallo de 7 de febrero de 2017, referente a la negativa de incluir como partida computable de liquidación de la asignación de retiro el subsidio familiar, como factor salarial, en el mismo porcentaje y cantidad devengada al momento de ser retirado del servicio. Manifestó que se equivocó el A quo al decir que efectivamente estuvo bien computado el subsidio familiar dentro de la liquidación de la asignación de retiro en porcentaje del 30% de lo devengado en servicio activo, en virtud del Decreto 1162 de 2014, cuando la realidad indica que esa normativa no puede ser aplicada en el caso particular porque sus efectos no son retroactivos. Adujo que de ser así, los soldados e infantes de marina profesionales recibirían una asignación en desigualdad de condiciones de los demás miembros del sector de defensa, pues, a éstos últimos se les incluye dicho subsidio en su totalidad sin porcentaje alguno, mientras que a los primeros se les incluiría pero no en la misma medida en que fue devengada en servicio activo dado que se le reconoce como partida computable únicamente un porcentaje de este (30%), luego entonces, sostuvo que en virtud al principio de favorabilidad, debe aplicarse al caso de marras el Decreto 4433 de 2004 y no el Decreto 1162 de 2014.

.- **CREMIL**⁵. La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó

⁴ Fls. 177-179

⁵ Folios 165-167.

que de acuerdo con las normas que regula la liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, se tiene que el acto acusado está investido de legalidad en tanto que las partidas computadas, como el porcentaje de liquidación y el salario base de liquidación se ajustan a los parámetros diseñados por el ordenamiento jurídico para estos tipos de servidores.

Frente al subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, manifestó que en el particular caso del actor, se ha aplicado la normatividad vigente al momento de los hechos (Decreto 1162 de 2014), para los respectivos reconocimientos de la asignación de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas computables, entre las que se encuentran el subsidio familiar para las asignaciones de los soldados profesionales.

En cuanto a las costas y gastos procesales, adujo que si en gracia de discusión se decide emitir condena en contra de CREMIL en donde prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, es válido de acuerdo con el artículo 365 del CGP, exonerarla de pagos de costas procesales.

1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

En esta instancia procesal, únicamente la **parte accionante** presentó sus alegaciones de segunda instancia, ratificando los argumentos expuestos en la demanda como también por el A quo en el fallo apelado, soportando sus pretensiones a través de las sub reglas que en controversia similar trazó el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicado CE-SUJ2 85001222200220130006001, según la cual los soldados profesionales que antes del año 2003 tenían la condición de soldados voluntarios, deben liquidarse la asignación de retiro con base en el salario mínimo incrementado en un 60%.

De otro lado, insiste en el argumento expuesto en el recurso de alzada, según el cual debe incluirse el subsidio familiar en los mismos términos en que devengado en servicio activo, y no con inclusión de un mero porcentaje de este como lo viene haciendo CREMIL, por lo que solicita que se inaplique por inconstitucionalidad el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser abiertamente inconstitucional a lo establecido en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación presentado por CREMIL, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, ii) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; y iii) El caso concreto.

2.3 ANÁLISIS DEL TRIBUNAL Y RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

2.3.1. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso

en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

"Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1º del Decreto Ley 1793 de 2000, los soldados profesionales son "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio."

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

"El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido

que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

“Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁶ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁷ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *“bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”*.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁸ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(...)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁹ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

(...)

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

(...)

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ 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 1985,¹¹ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.¹²

⁶ Ib.

⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁸ Ib.

⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁰ Ib.

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

2.3.2 LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, SU RECONOCIMIENTO Y FORMA DE LIQUIDACIÓN.

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

“Artículo 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal”. (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el 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”, cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

El decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

“Artículo 3º. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”.

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar imbuidas por los principios reseñados ut supra, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad¹³, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

“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:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

¹³ Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Conforme las preceptivas antecedentes, tenemos que para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000¹⁴; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, a contrario sensu, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

2.3.2. CASO EN CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

¹⁴ "Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)".

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-15450449 (Folio 24) se acreditó que el señor LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 9 de agosto de 1994 al 9 de febrero de 1996 (Soldado Regular); luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario (infante voluntario) del 26 de marzo de 1996 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 26 de enero de 2015; luego gozó de tres meses de alta desde el 26 de enero de 2015 hasta el 26 de abril de 2015, fecha en la que se retiró del servicio.
- Mediante Resolución No. 2324 del 17 de marzo de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, en los términos del inciso 1º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.¹⁵
- En documento expedido por CREMIL visible a folio 23 del C. 1., se indicó que al señor LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA le figura liquidada la asignación de retiro así:

Sueldo + 40%	\$965.237
Porcentaje de Liquidación	70%
Subtotal:	\$675.666
Prima de antigüedad 38.5%	\$260.131
Subsidio familiar	\$180.0982
Total asignación de retiro	\$1.116.779

- Asimismo en el documento “Proyección Asignación de Retiro” suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de CREMIL, anexo a la resolución de reconocimiento (folio 88), se tiene liquidada la asignación de la siguiente manera:

Sueldo básico (SMLMC + 40%)		\$902.900.
Prima de antigüedad	38.5%	\$347.304.65
Subtotal		\$1.249.394,65
Porcentaje de liquidación	70%	

¹⁵ Folios 86-88 cuaderno de primera instancia.

Asignación de retiro	\$874.576.00
Mas subsidio familiar (30% x sf en activo)	\$169.142,00
Total asignación de retiro	\$1.043.718.

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la asignación de retiro del demandante fue liquidada teniendo en cuenta como asignación básica el monto de un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%.

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el demandante tuvo la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, razón por lo que adquirió el derecho a devengar una asignación básica equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por lo que era ésta la asignación básica que había de tomarse para la liquidación de su asignación de retiro, como puntualmente lo manifestó el A quo.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, al momento de liquidar la asignación de retiro, la entidad demandada ha debido tener en cuenta la condición salarial excepcional del demandante, puesto que corresponde a un derecho adquirido.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor LUIS FERNANDO ARENAS PAREJA equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, le es aplicable lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, si bien CREMIL manifiesta que se atiene a lo señalado en la Hoja de Servicios, es del caso señalar que dicha entidad tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de las Fuerzas Militares que consoliden tal derecho¹⁶, razón por lo que es la llamada

¹⁶ Artículo 5 del Acuerdo N° 008 de 2002.

a estudiar las peticiones de reconocimiento, liquidación y pago de tal prestación.

Por su parte, cabe precisar que haciendo una lectura integral al artículo 16 del Decreto 4433 de 2011, dentro de un contexto que brinda el principio de favorabilidad en materia prestacional, se infiere que CREMIL utiliza una formula errada en la liquidación de la asignación de retiro, en la medida que si bien el porcentaje del 70% se extrae del salario base de liquidación (asignación mensual), el 38.5% por concepto de la prima de antigüedad lo sustrae del subtotal obtenido de la liquidación de aquel 70%, afectando con ese porcentaje también aquella prima, desconociendo con esto la normativa que taxativamente prevé que el emolumento que se afecta exclusivamente por este porcentaje es la asignación básica, de manera que al efectuar la liquidación como lo viene haciendo la entidad en comento se perturbaría otra erogación como es la prima de antigüedad.

Es decir, que la liquidación del 70% se le aplica tanto a la asignación básica como a la prima de antigüedad, cuando la normativa únicamente prevé que con ese porcentaje se debe afectación únicamente el primer emolumento enunciado, y su resultado debe adicionarse el valor por concepto de prima de antigüedad (38.5%) y el subsidio familiar, cuyo resultado total da el valor de la asignación de retiro a devengar.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de liquidación, tal como lo refleja la Resolución No. 2324 de marzo 17 de 2015, fue incluida en la base de liquidación de la asignación de retiro del actor, con lo que se derrumba la premisa expuesta en la demanda relacionada con que aquella no fue incluida, cuando visto está que si hace parte de la asignación en comento.

Ahora bien, resulta necesario aclarar que la discusión desde los inicios del proceso, radica en la ausencia del subsidio familiar como partida computable, siendo ese centro de inconformidad en que gravita el juicio de inconstitucionalidad en concreto (excepción de inconstitucionalidad) que propone sobre el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual resulta sin asidero fáctico ya que como se advirtió si fue incluido el subsidio en mención como partida computable, restando credibilidad a lo expuesto por el actor.

Siendo así, el actor no puede proponer un juicio distinto al anunciado en la demanda, en sede de apelación, al aseverar que si se le incluyó aquel emolumento como partida, pero no en igualdad de condiciones de los demás miembros del sector defensa, pues solamente se le tuvo en cuenta el 30%, cuando a los restantes se les incluyen en la liquidación de sus asignaciones de retiro la totalidad de ese subsidio devengado en servicio activo, el cual resulta desigualitario frente a la situación de los soldados profesionales. Este argumento, es diametralmente distinto al que se formuló en la demanda, ya que el debate entonces, bajo esa égida, se centraría no en el derecho que tienen los soldados profesionales a que les incluyan el subsidio familiar en la base de liquidación de la asignación de retiro, sino en el porcentaje en que debe ser liquidado, lo que resulta necesario examinar si el Decreto 1162 de 2014 es contrario o no a la Constitución Política, y no el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, asunto que no fue si quiera enunciado en la demanda.

Y es que la discusión sobre la inaplicabilidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, sucede porque eventualmente no fue incluido el subsidio familiar (aspecto que ya quedó desacreditado), y no por el porcentaje de liquidación, asunto que no incumbe esa normativa sino el Decreto 1162 de 2014, luego entonces este escenario de segunda instancia no puede erigirse como espacio para debatir asuntos que no fueron expuestos en sede de primera, luego entonces, la Sala se abstiene de realizar juicio de constitucionalidad bajo el fundamento relatado en el recurso de apelación.

Por tanto, sin que exista juicio de inconstitucionalidad alguno que lleve a inaplicar el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y el Decreto 1162 de 2014, esta Corporación comparte la apreciación del A quo en el sentido que el subsidio familiar sí está computado en la asignación de retiro del actor, bajo las premisas y parámetros del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, esto es, el 30% del subsidio devengado en servicio activo, sin que esto implique, por ausencia de formulación de cargos de violación de la parte demandante, que se encuentre vulnerado o en riesgo el derecho a la igualdad del demandante.

Así las cosas, conforme lo argumentado y acreditado, la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, debe efectuarse bajo la siguiente metodología:

Salario mínimo mensual vigente + 60% * 70%

38,5% de la prima de antigüedad (obtenida del 100 de la Asignación Básica)

Subsidio familiar (30%)

Total = Asignación de retiro.

En orden lo expuesto, no prosperan los reparos formulados por ambas partes, frente al tema del subsidio familiar como partida computable

En cuanto a la inconformidad asumida en el recurso de apelación sobre la condena en costas, advierte esta Corporación que la misma no fue impuesta en el fallo en alzada, por lo que carece de legitimación el apelante en oponerse sobre algo que no fue decidido. Debe tenerse en cuenta que esta institución en sede contenciosa administrativa gravita en relación al factor objetivo para su condena, lo que significa que no debe probarse temeridad o mala fe en las actuaciones procesales de las partes para determinar si hay o no condena en costas, basta que resulte una de las partes vencida para su imposición¹⁷.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

2.3. LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso de apelación presentado por ambas partes, el Tribunal se abstiene de imponer condena en costas en esta instancia.

¹⁷ VER CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicado: 08001-23-33-000-2013-00622-01 (4705-2014). Actor: LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. C. P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de febrero 7 de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 213.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA