Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-008-2015-00243-01
Demandante:	Jairo Velandia Puente
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 11 de marzo de 2016, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a) Pretensiones:

El señor Jairo Velandia Puente, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> 1. *Se declare la nulidad del oficio No. 0098529 de fecha 23 de diciembre de 2014, notificado de forma personal el día 29 de diciembre de la misma anualidad, proferido por el Jefe Oficina Asesora de Jurídica...en el cual dio respuesta desfavorable a la petición radicada en esa entidad bajo el No. 129836 el 17 de diciembre de 2014.*
>
> 2. *Se inaplique por inconstitucionalidad e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004.*
>
> *CONDENAS.*
>
> *1. Condenar a la parte demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de la Reliquidación en la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante Infante de Marina retirado Jairo Velandia Puente, por la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem, y lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000.*

4. Condenar a la parte demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de la Reliquidación sobre la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante infante de marina retirado Jairo Velandia Puente, incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados por mi mandante al momento de su retiro tales como son: EL SUBSIDIO FAMILIAR, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIO ANUAL y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados por mi mandante, los cuales no fueron tenidos en cuenta para tal efecto

5. Condenar a la entidad demandada a que, reajuste el valor de la mesadas de retiro, desde la fecha en que se efectuó su reconocimiento y ordenó el pago de la asignación por retiro hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de la asignación de retiro reliquidada.

6. Condenar a la entidad demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de las diferencias generadas y no pagadas sobre las mesadas de retiro originadas por el nuevo valor de la asignación de retiro.

7. Condenar a la entidad demandada al pago de las diferencias que se generen a favor de la pensionada por concepto de la reliquidación solicitada, debidamente indexadas con los respectivos intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, así como su incidencia en el monto de la pensión y los incrementos anuales correspondientes, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

8. Condenar a la parte demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

9. Condenar a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó en resumen, lo siguiente:

Ingresó a las Fuerzas Armadas en calidad de Soldado Regular en el año de 1991; luego en el año de 1993 paso a ser Soldado Voluntario, y en el año 2003 pasó a ser Infante de Marina Profesional.

Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, la entidad accionada le reconoció asignación de retiro a través de Resolución No. 2987 de 17 de junio de 2013.

En la liquidación de la asignación de retiro se le aplicó indebidamente el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, porque se efectuó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y sobre este rubro se le sacó el 70%,

Además, al momento de reliquidar la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al momento de retirarse, tales como el subsidio familiar, la doceava de la prima de navidad, prima anual de servicios y prima de vacaciones.

Así mismo, debió tenerse en cuenta el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% como se hizo.

El 17 de diciembre de 2014, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la liquidación sobre la asignación de retiro por la indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ídem, incluyéndose en el salario base de liquidación el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados al momento del retiro. Solicitud que fue denegada mediante Oficio No. 0098529 del 23 de diciembre de 2014, notificado el 29 de diciembre del mismo año.

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 58 de la Constitución Política; 4 y 10 de la Ley 4° de 1966; 13 del Código Sustantivo del Trabajo; Leyes 6° de 1945; 923 del 2004; 21 de 1982; 62 de 1985; 33 de 1985; 812 de 2003; Decretos 4433 del 2004; 1793 del 2000; 1794 del 2000; Concepto No. 34332 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil; Sentencia C- 432 del 2004; Convenios Internacionales de la OIT; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Como concepto de la violación, adujo que en un Estado Social de Derecho no es admisible que el mismo Estado desconozca un derecho legítimo y adquirido, consistente en que se le liquide y pague su asignación de retiro, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, durante el año inmediatamente anterior al adquirir su status de retirado, tal y como lo ordenan las normas aplicables al caso: y no como lo realizó la entidad demandada.

Igualmente viola el principio de igualdad, porque no se le tuvo el subsidio familiar, la duodécima parte de las primas de navidad, de servicio anual, de vacaciones y demás prestaciones sociales, bonificaciones y prebendas que constituían salario; situación que no tiene soporte jurídico alguno, y por ello se debe inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

3.2. La contestación. La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con apoyo en los siguientes argumentos:

Le reconoció asignación de retiro al demandante mediante Resolución No. 2987 del 17 de junio de 2013, con efectos a partir del 29 de octubre de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 02 meses y 12 días.

Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto - Ley 1211 de 1990.

El actor solicitó la aplicación del artículo16 del Decreto 4433 de 2004, la inclusión del subsidio familiar, la prima de navidad, el 20% sobre la asignación básica y demás primas, subsidios y el oficio demandado.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la norma aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Sostuvo que se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

Para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podrían ser el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas y bonificaciones devengadas al retiro.

Por disposición legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, que se refiere al incremento del 40%, no obstante el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo, que habla de un porcentaje diferente, contrariando explícitamente la disposición normativa enunciada.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 de marzo de 2016, resolvió:

> ***PRIMERO:*** *Declárese la nulidad parcial del acto administrativo CREMIL 0098529 del 23 de diciembre de 2014 en lo pertinente a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro reconocida, en donde la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, niega tal pretensión.*

SEGUNDO: *Ordénese a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reliquidar la asignación de retiro del actor, con inclusión de la partida correspondiente al subsidio familiar que devengó el actor a partir del reconocimiento y en lo sucesivo.*

TERCERO: *Niéguese las demás pretensiones de la demanda.*

CUARTO: *La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 189, 192 y 193 del CPACA.*

QUINTO: *Sin costas.*

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar es computable para la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, más no para los soldados profesionales. No obstante, no hay razón objetiva suficiente que justifique el trato diferencial y por ello, es procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro con inclusión a dicha partida.

Respecto de las demás prestaciones sociales reclamadas por el actor, las mismas no serán concedidas, porque el Decreto 4433/04, define claramente el régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares y no incluye las prestaciones reclamadas en la demanda.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante cuestionó el fallo apelado aduciendo que la entidad accionada le está aplicando un doble descuento a la prima de antigüedad, pues toma el 38.5% de la prima, le adiciona el 100% del sueldo básico y al total le descuentan el 70%, lo que disminuye el valor de su asignación de retiro.

Tampoco tuvo en cuenta las partidas computables como la prima de navidad, de vacaciones y la prima de servicios y demás subsidios devengados por el acciónate durante el año anterior al status de pensionado.

Por último, sostuvo que en su asignación de retiro se debe tener en cuenta el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794/00, y por ello, se debe aumentar el 20% del sueldo básico, adicional al 40 %, porque tenía la calidad de soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto de 7 de junio de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 3 C-2), y por providencia de 27 de septiembre de 2016 se corrió

traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 7, C-2).

Ni la parte demandante ni demandada alegaron de conclusión.

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

VIII. - CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de los autos susceptibles de ese medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

El recurso que se resuelve en la presente providencia corresponde a la apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena dentro de la acción de la referencia.

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si **(i)** si efectivamente la entidad accionada al momento de liquidar su asignación de retiro aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; **(ii)** si se debe reajustar asignación de retiro del actor adicionando un 20% sobre el 40% ya reconocido, teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; y **(iii)** si el actor tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro las primas de

navidad, de vacaciones, de servicios y demás subsidios devengados durante el año anterior al status de pensionado.

8.3. Tesis de la Sala

La entidad demandada no está aplicando correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues aplica un doble descuento a la prima de antigüedad del accionante, al momento de liquidar su asignación de retiro. Y por ello se modificará la sentencia apelada en cuanto decidió el cargo de violación de la norma mencionada.

Por otra parte, CREMIL no está legitimado en la causa para reajustar en un 20% la asignación básica del actor, pues dicha pretensión debe dirigirse al Misterio de Defensa Nacional; y el actor no tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro las primas de navidad, de vacaciones, de servicios y demás subsidios devengados durante el año anterior al status de pensionado, porque el Decreto 4433/04 señala de modo expreso cuales son las partidas computables para dicha asignación y no incluye las pretendidas por el actor; y, además, no se probó que las hubiera devengado.

8.4 Marco jurídico y jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico, mediante la Ley 131 de 1985, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario, en lo relacionado con el ingreso, beneficios y obligaciones respectivas, donde se destaca lo consignado en su artículo 4, el cual establece:

> *"ARTICULO 4°. 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."*

De esta forma, se observa, que las personas que decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas, como soldados voluntarios, los cuales están definidos por el deseo de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, a diferencia del soldado profesional, que es aquel entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio[1], tenían derecho, en vigencia de la norma referenciada, a una bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal más un sesenta por ciento (60%) de dicho valor.

[1] Sobre la diferencia de soldados voluntarios y profesionales, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. Expediente 2311-08. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Posteriormente, mediante Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, los regímenes prestacionales de los soldados profesionales y los voluntarios fueron asimilados, de conformidad con el artículo 42 de tal preceptiva, que indicó:

> *"ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."*

La anterior disposición a su vez, debe ser interpretada conforme a lo establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1° señala:

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

La Ley 923 de 2004 señala las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. Esta Ley estableció la posibilidad que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dispone que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años tendrán derecho a que CREMIL les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual de que trata el numera 13.2.1, más el 38.5% de la prima de antigüedad, así:

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

El numeral 13.2.1 del artículo 13 ibídem dispone:

> *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 6° 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.
13.2 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.
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.

8.5. Lo probado en el proceso

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- Que CREMIL, a través de la Resolución 2987 de 17 de junio de 2013 ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 de 2013) indicado en el numeral 13.2.1: (salario mensual en los términos del inciso 1° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000), adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad (fs. 13 - 14).

- Que el demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 20 años, 2 meses y 12 días (f. 48).

- Que tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 15 de septiembre de 1992 hasta el 13 de agosto de 2003 (f. 48).

- Que en su última nómina correspondiente a julio de 2011, le cancelaban sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, bonificación de dragoneante, seguro de vida subsidiado y bonificación por orden público (f. 48).

- Que como partidas computables el demandante solo recibe, aparte del salario, el 38.5% de prima de antigüedad (f. 16).

- Que para liquidar la asignación de retiro del actor la entidad accionada suma el salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad del actor, y a ese resultado le extrae el 70% (f. 16).

- Que el 17 de diciembre de 2014 el demandante solicitó a CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro (fs 15).

- Que CREMIL, mediante oficio No. 211, certificado CREMIL 129836, consecutivo 2014-98529 del 23 de diciembre de 2014, contestó desfavorablemente la solicitud anterior (f. 12).

8.6. Caso concreto.

- Sobre la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

El actor sostuvo que la entidad accionada está afectando doblemente su prima de antigüedad, porque mal interpreta el alcance del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y en ese sentido, para calcular su asignación toma el 38.5% de la prima de antigüedad, y luego de sumarle el sueldo básico, le saca el 70% a dicho resultado, lo que disminuye notablemente el porcentaje de su asignación.

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, en su artículo 16 establece:

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

Sobre la debida interpretación que debe dársele al artículo antes transcrito, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 29 de abril de 2015, manifestó:

> *" (..) 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, esta Colegiatura 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 es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó 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, 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 y lógico entendimiento del mismo(..)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad accionada debe calcular el 70% del salario mensual del accionante, y a ese valor **adicionarle** el 38.5% de la prima de actividad que devengaba.

Por esta razón, debe modificarse la sentencia de primera instancia, y en tal sentido ordenar a la entidad accionada para que reajuste la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta la forma de calcular la base de la misma expuesta previamente.

- Sobre el reajuste del 20% del salario, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

El demandante sostuvo que el acto acusado viola el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 en concordancia con el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, porque al estar vinculado a 31 de diciembre de 2000 como Soldado Voluntario, se debía aumentar su asignación básica en un 60% y no del 40%, como se hizo para liquidarle la asignación de retiro.

Sobre este punto, se destaca que esta pretensión debía ser solicitada al Ministerio de Defensa, pues la entidad encargada de hacer los aumentos salariales de los miembros de la Fuerza Militar.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas del Decreto Ley 2342 de 1971, Decreto Ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones de su estatuto interno (Acuerdo No. 08 del 03 de noviembre de 2016).

Dicha Caja es la encargada de desarrollar la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares retirados en goce de asignación de retiro y sus beneficiarios, tales como el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, lo que efectúan con los datos establecido en la hoja de servicio, por ello no pueden calcular el monto de la asignación, teniendo en cuenta porcentajes o partidas que no devengaban.

El artículo 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990 establece que:

> *"ARTICULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.* ***El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa y a los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario.***
>
> *ARTICULO 235. HOJA DE SERVICIOS. La Hoja de Servicios ser elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza.*

Dentro del proceso quedó demostrado, que el actor devengaba una asignación básica de $ 749.840 en el año 2011, lo que equivale a un salario mínimo incrementado en un 40%.

Por lo anterior, la controversia sobre el salario básico que se debe tomar, la cual repercute en su asignación de retiro, debió solicitarse al Ministerio de Defensa Nacional, entidad encargada del pago de la asignación básica mensual de los miembros de la Fuerza Pública.

Así lo estableció la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia 09 de agosto de 2016, con radicado nº 11001-03-15-000-2016-01789-00, que esta Sala acoge y aplica al caso en estudio, en la cual señaló:

> *"...Para desatar la inconformidad planteada por el [accionante] sería pertinente determinar el marco normativo y jurisprudencial aplicable al incremento del salario mensual como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que pasaron a denominarse soldados profesionales en el régimen de carrera del Ejército Nacional para evidenciar que en anteriores oportunidades esta corporación en jurisprudencia desarrollada a través de acciones de tutela, ha mantenido una posición pacifica sobre la materia, en la cual se ha determinado que en efecto los soldados voluntarios que se encontraban vinculados a la Institución Militar con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a ser parte del régimen de soldados profesionales les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 60%, porcentaje que debe tener en cuenta al incrementar la asignación de retiro, tal como lo interpretó la corporación judicial accionada. Sin embargo, de la lectura de la providencia de 10 de mayo de 2016 cuestionada en sede de tutela se evidencia que* ***el Tribunal Administrativo del Tolima sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, autoridad a quien corresponde por la cancelación de las asignaciones pensionales, no estaba legitimada para comparecer al proceso como demandada respecto a la referida pretensión, en la medida en que encontró acreditado que él [accionante] devengaba un salario mensual aumentado en el 40% cuando estuvo activo, razón por la que debió encaminar su reclamación contra el Ministerio de Defensa Nacional, encargado de pagar los salarios de la Fuerza Pública.***
>
> ***En consecuencia, se advierte que en el presente asunto se presentan unos supuestos fácticos y jurídicos que difieren de los demás que la Subsección ha estudiado con anterioridad, en la medida en que en esta oportunidad el tribunal accionado revocó parcialmente la sentencia de primera instancia que había accedido al reajuste del salario mensual como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro, no por determinar que no le asistía el derecho al aumento del 60 % sino que encontró una falta de legitimación en la causa por parte de la entidad demanda al no ser la competente para el pago de la asignación básica mensual de los miembros de la Fuerza Pública.***
>
> *En este orden de ideas, la conclusión a la que arribó la corporación judicial accionada resulta razonable y acorde a derecho, en atención a que tal como lo mencionó en el referido pronunciamiento judicial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la competente de realizar las gestiones correspondientes al reconocimiento y pago de asignaciones de retiro, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004, solamente; de tal forma, la reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente del*

proceso ordinario se encontró acreditado que durante el servicio activo, al tutelante le era pagada la asignación básica aumentada en un 40% (...)

Ahora, si bien es cierto que la parte actora invocó las sentencias de 18 de enero y 11 de febrero de 2016 en las que esta subsección del Consejo de Estado sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene la facultad legal y constitucional para reajustar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, se advierte que esta Sala de decisión, después de hacer un análisis integral del asunto, corrigió la posición jurídica asumida previamente en sentencia 23 de mayo de 2016, expedida dentro del radicado 2016-00989-00, en la que consideró ajustado a derecho declarar la falta de legitimación por pasiva de la mencionada entidad en aquellas causas en las que el demandante no agotó correctamente la vía administrativa y, en consecuencia el medio de control ante la jurisdicción (...)

Así las cosas, se evidencia que el Tribunal, al momento de decidir el asunto sometido a su consideración, tuvo en cuenta la jurisprudencia de esta corporación respecto al tema y su decisión es acorde al criterio jurídico imperante actualmente en el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

Se insiste, en este caso el Tribunal sí resolvió la apelación sometida a su consideración teniendo en cuenta los lineamientos de interpretación existentes en esta Corporación, concluyendo que era dable revocar parcialmente la decisión de primera instancia en lo referente al reajuste del salario básico mensual que devengaba al actor durante el servicio activo como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro, conclusión frente a la cual esta Sala no puede adelantar juicio alguno, pues deriva de los principios de autonomía e independencia judicial.

De la inclusión de la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados por el actor durante su último año de servicio.

Sea lo primero indicar que tal como lo manifestó el Ministerio Público, la sentencia a que se refiere el actor abordan el estudio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral.

Dicha norma, establece en su artículo 279 que el sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Por ello, no es posible asimilar el estudio realizado por el Consejo de Estado en dicha providencia al caso en concreto.

Como se señaló, el actor le es aplicable el Decreto 4433 de 2004, el cual establece las partidas computables para liquidar la asignación de retiro del actor

> **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 6° 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.

13.2 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.

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.

La anterior norma establece cuales son las partidas computables que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro tanto para los Oficiales y Suboficiales como para los Soldados Profesionales, como en el presente caso.

De acuerdo con la norma transcrita solo se debe tener en cuenta el salario mensual y la prima de antigüedad en los porcentajes allí establecidos; en ningún caso las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, las cuales no son computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Por otra parte, el demandante está reclamando la inclusión de primas que no demostró haber devengado.

8.7 Condena en costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma parciamente favorable el recurso de apelación de la parte demandante, la Sala se obtendrá de condenarlo en constas.

IX. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Bolívar Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Modificar los numerales 1° y 2° de la sentencia apelada, proferida el 11 de marzo de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia. Los cuales quedaran así:

> ***PRIMERO:*** *Declárese la nulidad parcial del acto administrativo CREMIL 0098529 del 23 de diciembre de 2014, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, niega las pretensiones del actor, en lo pertinente a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro y a la forma de liquidar dicha asignación.*
>
> ***SEGUNDO:*** *CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro de la cual es beneficiario el demandante teniendo en cuenta el 70% del salario mensual dispuesto por el inciso PRIMERO del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional, y le incluya el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica.*

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con voto Parcial.

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE