



13001-33-33-004-2017-00025-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2017-00025-01
Accionante	ALEXANDER MEZA SANTOYA
Accionada	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO 60% DEL SALARIO, SUBSIDIO FAMILIAR Y PRIMA DE ANTIGUEDAD
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por las partes – demandante y demandada - contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor ALEXANDER MEZA SANTOYA laboró para la Armada Nacional como Infante Voluntario desde el 1 de julio del año 1993 hasta el 20 de abril de 2015.
- Mediante Resolución No. 5358 del 07 de Julio de 2015, se le reconoció asignación de retiro, la cual fue liquidada sobre el salario mínimo más un 40%.
- El señor ALEXANDER MEZA SANTOYA solicitó a la entidad demandada el reajuste de su asignación de retiro con aumento del 40% al 60% de su asignación básica, aplicando el 70% conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 e incluyendo como partida computable el subsidio familiar, a lo cual se negó la entidad

¹ 110-123 c- 1





13001-33-33-004-2017-00025-01

demandada mediante los oficio No. 0059758 del 06 de septiembre de 2016 y No. 0064285 del 27 de septiembre de 2016.

1.2 Las prefensiones de la demanda²

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de los Oficios No. 0059758 del 06 de septiembre de 2016 y No. 0064285 del 27 de septiembre de 2016, mediante los cuales se negó el reajuste de asignación de retiro del 40% al 60% del sueldo básico, con inclusión del subsidio familiar y correcta liquidación de la prima de antigüedad.

A título de restablecimiento del derecho, solicita: i) que se ordene a la entidad demandada reajustar la asignación de retiro del 40% al 60% de la asignación básica, con inclusión del subsidio familiar y aplicando el 70% de acuerdo con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ii) que se ordene a la demandada pagar a favor del demandante las diferencias indexadas que se hayan generado en virtud del reajuste iii) que se condene a la demandada en costas.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Señala como vulnerados los artículos 13, 25 , 29, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992 artículo 10, Ley 1437 de 2011, Decreto 4433 de 2004, Decreto 1793 de 2000 y Decreto 1794 de 2000.

Señala que los actos demandados infringen las normas en las que debían fundarse por una incorrecta interpretación del inciso segundo del artículo 1 de Decreto 1794 de 2000, liquidando la asignación de retiro sobre el salario básico más un 40%, cuando lo procedente era sobre un 60%.

Adicionalmente, sostiene que la forma de liquidar el 70% sobre la base del salario y la prima de antigüedad es erróneo, porque la prima de antigüedad debe ser tomada con el 70% de la asignación básica, sin aplicarle posteriormente ningún otro valor porcentual.

Argumenta que en virtud del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se debe incluir como partida computable en la asignación de retiro el subsidio familiar.

2. Contestación de la demanda³.

² Fl.24-32 c- 1





CREMIL contesta la demanda señalando que el régimen de las fuerzas militares es especial, que prima sobre las demás normas generales, en las cuales se consagraron los parámetros para la liquidación de la asignación de retiro de manera taxativa.

Manifiesta que para la liquidación de la prestación se tiene en cuenta la hoja de servicios que reporta el Ministerio de Defensa sobre lo devengado por el actor, en la cual no se encuentra consagrado el subsidio familiar ni otras primas reclamadas.

Argumenta que para la aplicación del 70% como base de la asignación de retiro se tiene en cuenta el salario básico incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad, como claramente lo establece la norma.

3. Sentencia de Primera Instancia⁴

Mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El *a-quo* señaló que respecto del incremento del 20%, solicitado por el demandante en su asignación básica, que le asiste el derecho al actor a recibir el reajuste por cuanto al ser incorporado como soldado profesional su salario se le disminuyó sin justificación legal.

Adujo que respecto de la forma de liquidación de la asignación de retiro, al momento de tomar el 70% de base liquidataria se interpretó de forma errónea el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues el porcentaje de prima de antigüedad debe adicionarse con posterioridad a la liquidación del salario básico sobre el 70%.

Ahora bien en lo referente a la inclusión del subsidio familiar señaló que el mismo ya había sido reconocido en el acto de reconocimiento de la asignación, por tal razón no había lugar a ordenar nuevamente su inclusión.

4. Recurso de Apelación.⁵

³ Fls. 48-54 c-1

⁴ Fls.110-123 c-1

⁵ Fls. 125-127 c-1.



13001-33-33-004-2017-00025-01

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primera instancia respecto de las condenas impuestas y se denieguen en su totalidad las pretensiones; al respecto indicó que no resulta adecuado acceder a la inclusión del subsidio familiar como partida computable, pues esta no se encuentra prevista en la ley que consagrada de manera taxativa cuales son los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional.

En lo referente a la aplicación de la base porcentual, afirma que la norma consagra que este se hace sobre el salario mínimo incrementado en el porcentaje de la prima de antigüedad, tal como lo hizo la entidad. Del mismo modo aduce que no le asiste legitimación en la causa para ordenar el incremento sobre el salario básico, pues ello le corresponde al empleador.

En cuanto a la condena en costas y agencias en derecho, señala que la entidad no realizó maniobras dilatorias ni temerarias para entorpecer el proceso, diferentes a la defensa judicial, por tal razón no es acertada la condena impuesta.

De otra parte, el Demandante solicita se acceda a la pretensión referente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable, toda vez que si bien ya fue reconocido, la liquidación efectuada fue errónea pues debía ser aplicado sobre el 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), se admitieron los recursos de apelación presentados por las partes (Fls. 10 Cdr. 2). Mediante auto del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 13 Cdr. 2)

6. Alegaciones

La entidad demandada -CREMIL- no presentó alegatos finales.

La Parte Demandante Presentó alegatos de conclusión, reafirmando todos los argumentos expuestos en la demanda sobre la procedencia de las pretensiones (Folios 14-21 Cdr 2).



7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que en el presente proceso se deben resolver dos problemas jurídicos a saber:

- i. *¿se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de CREMIL respecto de la pretensión de reajuste del salario básico incrementado en un 60%?*
- ii. *¿En la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al aplicar el 70% sobre la asignación básica y el porcentaje de la prima de antigüedad?*
- iii. *¿es procedente la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, en virtud del principio de igualdad, con base en el 4% del salario básico adicionado con el porcentaje de prima de antigüedad?*



3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis del primer problema jurídico que le asiste la razón al juez de primera instancia al manifestar la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, toda vez que el reajuste de la base salarial incrementada de un 40% a 60% le corresponde a la entidad que ejercía como empleadora del demandante, esto es al Ministerio de Defensa, quien es la entidad competente para efectuar este reconocimiento y remitir la hoja de servicios a la caja de retiro para efectos del reconocimiento pensional.

En cuanto al segundo problema jurídico debe señalarse que la forma en que se efectuó la liquidación de la base porcentual de la asignación de retiro fue incorrecta por indebida interpretación del contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo entendió el juez de primera instancia, pues la adición del porcentaje de la prima de antigüedad se debe hacer con posterioridad a la aplicación del 70% sobre el salario básico.

Respecto al tercer problema jurídico, se debe confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que el demandante ya está recibiendo como partida computable el subsidio familiar, en la forma señalada en la norma.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la falta de legitimación en la causa en el reajuste de la asignación básica.

Se observa que en la sentencia de primera instancia, el a quo accedió a la pretensión de la demanda consistente en el reajuste del salario base para la liquidación de la asignación de retiro del actor con el aumento del 20% solicitado.

En el escrito de apelación la entidad demandada no niega el derecho que le puede asistir al demandante consistente en que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60% y no solo en el 40%, en virtud del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, sino que esgrime la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CREMIL frente a dicho asunto, toda vez que este derecho debió ser reclamado ante la Nación - Ministerio



13001-33-33-004-2017-00025-01

de Defensa – Ejército Nacional, quien tiene la potestad de reconocer incrementos sobre el salario por haber sido el empleador.

En este orden se tiene que en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 el Consejo de Estado Sección Segunda indicó que con base en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios que posteriormente a su vinculación fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, ordenando en dicha sentencia el reajuste por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

Ahora bien, frente a la legitimación para este reconocimiento, en una primera medida el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, mediante fallo 23 de mayo de 2016⁶, reiterado en sentencia del 9 de agosto de 2016⁷, rectificó la tesis desarrollada en las providencias del 18 de enero y 11 de febrero de 2016, considerando ajustado a derecho que se declare la falta de legitimación por pasiva de la CREMIL en relación con la petición de reajustar asignaciones de retiro con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por cuanto tal asunto le corresponde al Ministerio de Defensa.

En el fallo en mención, del 23 de mayo de 2016, se señaló lo siguiente:

“Por lo anterior, consideró el tribunal que existió una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que CREMIL no era competente para reajustar la asignación de retiro en relación con la petición correspondiente a lo devengado como asignación salarial.

Asimismo, argumentó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que de acuerdo con las funciones asignadas a CREMIL, dicha entidad es la encargada entre otras cosas, de realizar el reconocimiento de las asignaciones de retiro, así como de las pensiones de quienes sean beneficiarios, de quienes han prestado sus servicios en las fuerzas militares.

Al respecto, considera la Subsección B que le asiste razón al tribunal acusado al realizar las consideraciones anteriormente señaladas, toda vez que aunque la petición del señor Javier Barón Berrío va dirigida a obtener el reajuste de la asignación que le fue reconocida, no puede pasarse por alto que CREMIL realiza dicho reconocimiento con fundamento en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, y por tanto, no puede realizarse el reajuste conforme a

⁶ Rad. 11001-03-15-000-2016-00989-00, C.P. William Hernández Gómez (E).

⁷ Rad. 11001-03-15-000-2016-01789-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





13001-33-33-004-2017-00025-01

un valor que no se encuentra consignado como asignación básica en la hoja de servicios.

Lo anterior, toda vez que CREMIL es una establecimiento público del orden nacional que se encuentra adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en cuyo objeto y funciones no se encuentra el de reajustar las asignaciones que devenguen los miembros de las fuerzas militares en actividad.

Así las cosas, considera la Subsección B que la decisión adoptada por el tribunal de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, en relación con la petición presentada por el accionante para que se reajuste su asignación de retiro con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2º numeral (sic) 1º del Decreto 1794 de 2000, no vulnera los derechos del accionante, ni desconoce lo dispuesto en la norma citada; pues la sentencia se fundamentó en las competencias asignadas a CREMIL y al Ministerio de Defensa, situación que impidió que se pudiera emitir un pronunciamiento resolviendo de fondo sobre la pretensión del actor.

Ahora bien, debe resaltarse que como en el asunto bajo estudio no se resolvió sobre si le asiste o no derecho al actor de que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta la asignación mensual prevista en el inciso 2º, numeral (sic) 1º del Decreto 1794 de 2000, y tratándose de una petición que comprende una prestación periódica; el señor Javier Barón Berrío puede solicitar ante la entidad competente que se reajuste en primer lugar su asignación mensual; y de obtenerse un pronunciamiento favorable, solicitar ante CREMIL el respectivo reajuste de la asignación de retiro."⁸.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que el Consejo de Estado ha cambiado de posición en cuanto a la legitimación en la causa de CREMIL en esta clase de procesos, aunque estas decisiones se han dado en sentencias de tutela, si denotan una inexistencia de criterio unificado sobre este asunto para lo cual el fallador cuenta con un margen de autonomía funcional para optar por una de estas tesis.

En este orden, para la Sala resulta adecuada la tesis planteada sobre la falta de legitimidad en la causa por pasiva de la CREMIL, la cual ha sido considerada razonable por el Consejo de Estado y sobre la cual se ha dado aplicación en las sentencias de tutela antes referidas, por cuanto se fundamenta en la competencia que tiene el Ministerio de Defensa para el reajuste del salario en calidad de empleador y la falta de facultades de

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Rad. 11001-03-15-000-2016-00989-00, C.P. William Hernández Gómez (E).





13001-33-33-004-2017-00025-01

CREMIL para ordenar esta clase de reajustes, pues la base de la prestación la establece el empleador a través de la hoja de servicios.

Al acoger esta postura, no se contrarían los derechos de quienes solicitan el reajuste del salario, pues los interesados, como el actor, pueden reclamar el incremento salarial, ante la Nación – Ministerio de Defensa y demandar en debida forma, en consideración a que el derecho no es negado y por tanto la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada en este sentido⁹.

Ante lo anterior habrá adicionarse un numeral a la parte resolutive de la sentencia, para declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada respecto de esta pretensión.

4.2 De la forma de liquidar el 70% base de liquidación y el porcentaje de la prima de antigüedad

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció la asignación de retiro para el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

"[...] 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. [...]"

Por su parte, se observa que el artículo 16 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme al artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 se cancelaría de la siguiente manera:

"[...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis

⁹ Ver: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de enero de 2016, Rad.11001-03-15-000-2015-03273-00, C.P. Rocío Araujo Oñate. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de julio 2016, Rad. 11001-03-15-000-2016-00988-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.





13001-33-33-004-2017-00025-01

punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]"

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado Sección Segunda¹⁰ señaló:

«[...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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".

La anterior postura fue acogida por el juez de primera instancia quien en este aspecto ordenó el reajuste la asignación de retiro del demandante dando una correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es estableciendo en primer lugar el 70% del salario y posteriormente adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad, toda vez que en el presente asunto se encontró acreditada una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, por cuanto se estableció que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00





13001-33-33-004-2017-00025-01

Por su parte la entidad accionada afirma que el 70% de base debe tomarse tanto para el salario como para el porcentaje de la prima de antigüedad y en ello consiste el motivo de su reproche, razón por la cual habrá de confirmarse en este aspecto la sentencia impugnada, toda vez que el a quo efectuó una correcta interpretación de la norma aplicable y del precedente fijado por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción.

- Inclusión del subsidio familiar

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que este concepto ya fue reconocido como partida computable en la liquidación de la asignación, en la forma señalada en la norma, como se observa en el certificado obrante a filo 14 del expediente.

Por lo tanto, no le asiste la razón al recurrente al indicar que la liquidación de esta partida se hizo de manera incorrecta, pues se efectuó sobre el 30% de lo que venía devengando el actor por subsidio familiar en servicio activo.

Por lo tanto, se confirmara la decisión de primera instancia que negó esta pretensión.

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación no condenara en costas en esta instancia a ninguna de las partes toda vez que las pretensiones prosperaron parcialmente, al igual que algunos argumentos de defensa de la parte demandada, por lo que se revocara de igual modo la condena efectuada en primera instancia por este concepto y que fue un motivo de apelación de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR un numeral **DECIMO** a la parte resolutive de la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete



13001-33-33-004-2017-00025-01

(2017) para DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL en cuanto a la pretensión de reajuste del 60% sobre el salario básico devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia impugnada proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) el cual quedará así:

"CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a re liquidar la asignación de retiro de la cual es beneficiario el demandante, señor ALEXANDER MEZA SANTOYA identificado con c.c 19.614.606, con inclusión del 70% del salario mensual dispuesto por el inciso SEGUNDO del artículo 1º Del decreto 1794 de 2000, adicionado con una treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, que devengaba en actividad al momento de su retiro, como partida computable para efectos de establecer el monto de dicha prestación periódica, a partir del 01 de agosto de 2015. **PARÁGRAFO:** La reliquidación ordenada no implica una reliquidación de los salarios y prestaciones devengadas en actividad por el actor."

TERCERO: Confirmar en las demás partes la sentencia impugnada.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS