

17



13001-33-33-001-2015-00007-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2015-00007-01
Demandante	YOBANIS AUGUSTO LÓPEZ MORALES
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema:	REAJUSTE DEL 20% DE SOLDADO PROFESIONAL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1 Pretensiones.

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Que se declare la nulidad de los actos administrativos No. 0039129 del 11 de junio de 2015, por el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a CREMIL la reliquidación de la asignación de retiro del demandante, con la inclusión de las partidas de subsidio familiar, la aplicación del parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, y por tanto se liquide dicha prestación con el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; a su vez, se aplique en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma





13001-33-33-001-2015-00007-01

norma. Lo anterior debidamente indexado y con los intereses moratorios por no pago oportuno.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

Se aducen en los hechos de la demanda que el demandante, ingresó a las Fuerzas Armadas como Soldado regular en el año 1991; pasó a ser soldado voluntario en 1993 y en el año 2003 infante de marina profesional.

Mediante Resolución No. 2895 de fecha 7 de junio de 2013 se reconoció asignación de retiro. Los días 22 de diciembre de 2014 y 10 de abril de 2015, solicitó: incluir el subsidio familiar y otros factores dentro de su asignación de retiro como partida computable para la asignación del retiro; el reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, y reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16, del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

La entidad demandada negó la solicitud elevada mediante el acto administrativo acusado.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs.155 - 162)

Mediante sentencia de fecha veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

En cuanto al derecho al incremento de la asignación básica como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, declaró probada la excepción de falta de legitimación de la demandada para efectuar dicha modificación en la asignación, conforme el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Inaplicó el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por resultar violatorio del principio de igualdad, al excluir el subsidio familiar para quienes ocupan el nivel jerárquico más inferior, y ordenó su reliquidación incluyendo dicho factor.

Finalmente, ordenó la reliquidación de la asignación de retiro del actor aplicando el 70% sobre la asignación básica y al resultado adicionarle el porcentaje de prima de antigüedad.



13001-33-33-001-2015-00007-01

4. LA APELACIÓN (fs. 164 - 170)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque, arguyendo en síntesis lo siguiente:

Como primera medida, señala la demandada que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se sujeta a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la hoja de servicio militares del actor.

Que dicha normativa dispone que los soldados profesionales que sean retirados del servicio activo con veinte años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta, a que la Caja de Retiro les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad; por lo que aduce que la inclusión del subsidio familiar como partida computable, contraria flagrantemente la normatividad vigente.

Que solo a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de la misma anualidad, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose lo sostenido sobre el particular en los Decretos 1793 y 1794 del 2000.

Que para efecto del reconocimiento de la asignación de retiro, se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales se encuentran: i) la acreditación de un tiempo de servicio de 20 años, ii) cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y iii) porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Del mismo modo, advierte que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, concretándolas al salario mensual y la prima de antigüedad.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aplica la normatividad legal vigente para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose a las partidas señaladas en la ley, en la cual no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales.





13001-33-33-001-2015-00007-01

De otro lado, señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoce las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, atendiendo las disposiciones especiales y la hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, siendo por tanto el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Que revisada la hoja de servicio del demandante, no se encontró incluida la partida del subsidio familiar dentro de las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, alegando que el acto acusado goza de legalidad. Adicionalmente reitera que dicha partid no se encuentra enlistada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Del mismo modo, señala que el principio de igualdad tampoco resulta vulnerado, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual goza de plena validez y no le corresponde a la Caja, efectuar juicios ni interpretaciones, apartándose de lo establecido en la norma especial.

En cuanto al incremento del 60%, reitera que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, dispone las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, señalando para el efecto que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º, que habla solamente del 40%, y que no obstante lo anterior, el demandante insiste en que se aplique el inciso segundo que habla de un porcentaje diferente.

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro por concepto de prima de antigüedad, aduce que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es suficientemente claro al indicar que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague una asignación de retiro con el 100% del salario básico más un incremento del 40% y un porcentaje de la prima de antigüedad del 38.5%.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas y agencias en derecho dispone que la condena en costas en esta jurisdicción se rige por un concepto objetivo, en el cual se debe verificar la prosperidad de las pretensiones y que en el caso en estudio, la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento.

Y que no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial y tratando de solucionar los conflictos por vía de conciliación, por lo que se solicita se revise



13001-33-33-001-2015-00007-01

la condena impuesta al haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 13 de enero de 2017 (f. 5 cuaderno de segunda instancia), se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada.

A través de auto de fecha 23 de febrero de 2017 (f. 9 cuaderno de segunda instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

La parte demandante alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio (Fls. 11 – 15).

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

IV.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme la impugnación, el problema jurídico se centra en determinar lo siguiente:

- a. *¿Cuál es el salario base de liquidación que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro del señor Alfonso Javier Pantoja Galvez?*





13001-33-33-001-2015-00007-01

- b. *¿Debe incluirse dentro de la asignación de retiro del demandante, el subsidio familiar como partida computable?*
- c. *¿CREMIL aplicó debidamente el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del demandante?*
- d. *¿Está legitimada en la causa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo?*

3. TESIS

La Sala dando aplicación a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado, advierte que: i. la asignación de retiro del demandante debe reliquidarse teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, encontrándose legitimada CREMIL para efectuar dicho reajuste, aspecto sobre el cual se modificará el fallo apelado; ii. CREMIL aplicó indebidamente el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de su asignación de retiro, el cual debe efectuarse exclusivamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%, y no sobre la prima de antigüedad, como lo decidió el A quo, lo cual se confirmará.

Sin embargo, en lo que atañe a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de su asignación de retiro, se revocará la sentencia apelada, en tanto el actor causó su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, y en consecuencia el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de dos mil 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-





13001-33-33-001-2015-00007-01

01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, estableció reglas jurisprudenciales en cuanto al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de dicha asignación, reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, la legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, su forma de liquidación, y la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; concluyendo al respecto lo siguiente:

"10. Reglas de unificación

253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

- 1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.
- 1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.
- 2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%¹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000² y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.
- 3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.
- 4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

¹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

² El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.





13001-33-33-001-2015-00007-01

- 4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
- 4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*
5. *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.*
6. *Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

7. *No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*
8. *Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción."*

Con fundamento en el criterio jurisprudencial unificado, procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- EL demandante ingresó a las Fuerzas Armadas a prestar el servicio militar entre el 16 de septiembre de 1992 y el 30 de marzo de 1994; fue soldado voluntario entre el 11 de mayo de 1994 y el 13 de agosto de 2003; estuvo vinculado como infante de marina profesional desde el 14 de agosto de 2003 a 31 de diciembre





13001-33-33-001-2015-00007-01

de 2012; y los tres meses de alta se cumplieron entre el 31 de diciembre de 2012 y el 31 de marzo de 2013 (Fls. 52).

- Mediante Resolución No. 2895 del 7 de junio de 2013 se reconoció asignación de retiro, con efectos a partir del 31 de marzo de 2013 (Fls. 16); con los siguientes porcentajes y partidas computables (Fl. 89):

SUELDO	
(1 SMLMV INCREMENTADO EN UN 40%)	862.400
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5%)	194.234.04
SUBTOTAL	1.056.634.04
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN (70%):	
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO	739.643.83

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco jurisprudencial citado, advierte la Sala que el recurso de alzada presentado por la parte demandada está llamado a prosperar parcialmente, conforme los siguientes argumentos:

En primer lugar, observa la Sala que para el 31 de diciembre de 2000 el actor se encontraba vinculado a las Fuerzas Armadas como soldado voluntario, e igualmente que desde el 14 de agosto de 2003 se incorporó como infante de marina (soldado profesional), categoría militar en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio; por lo anterior, el demandante se encuentra dentro de la hipótesis conforme a la cual la asignación a la que tenían derecho en servicio activo es un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, la asignación de retiro del demandante debe liquidarse teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 31 de marzo de 2013, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 2895 del 7 de junio de 2013; razón por la cual se revocará en ese aspecto la sentencia apelada que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa de CREMIL, toda vez que conforme al marco jurisprudencial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, si tiene legitimación para reajustar la asignación de retiro de los soldados





13001-33-33-001-2015-00007-01

profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, el demandante causó su derecho con anterioridad al mes de julio de 2014, razón por la cual no puede ser tenida en cuenta dicha partida en la liquidación de su asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo cual hay lugar a revocar la decisión del *A quo*, que ordenó a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión de este emolumento.

Respecto a las partidas sobre las cuáles debe aplicarse el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe efectuarse solo sobre la asignación salarial mensual del demandante; sin embargo, en el sub judice CREMIL aplicó indebidamente el aludido porcentaje, como quiera que lo hizo sobre la sumatoria obtenida de la asignación básica mensual y la prima de antigüedad, como se relacionó en los hechos probados, generando un detrimento en el monto final de la asignación del actor, y desconociendo el sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 fijado en la jurisprudencia de unificación, tal como lo consideró el juez de primera instancia.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto, por un lado negó la reliquidación de la asignación de retiro aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, por falta de legitimación de CREMIL, y en consecuencia se ordenará dicho reajuste; y por otro accedió a la reliquidación de la asignación de retiro del actor incluyendo entre las partidas computables el subsidio familiar, pretensión que negará conforme lo expuesto en precedencia; se confirmará en lo demás el fallo apelado.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto, ante la procedencia parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,





13001-33-33-001-2015-00007-01

FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida el 25 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones del demandante, en lo relativo al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable, y a la negativa de reliquidar la asignación de retiro aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%; y en su lugar:

- **NEGAR** la reliquidación de la asignación de retiro del actor incluyendo entre las partidas computables el subsidio familiar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

- **ORDENAR** la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 31 de marzo de 2013, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 2895 del 7 de junio de 2013.

- Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo recurrido.

TERCERO: NO CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

 **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**
 **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  **JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

