



13001-33-33-012-2016-00262-01

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	13001-33-33-012-2016-00262-01
Demandante	CARLOS ALBERTO HERRERA TUSARMA
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 cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Segundo 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 del Oficio No. 0033976 de 20 de mayo de 2016, 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



13001-33-33-012-2016-00262-01

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:

Mediante Resolución No. 2727 de 29 de octubre de 2008 se le reconoció asignación de retiro por estar vinculado por más de 20 años a la Armada Nacional.

Para la liquidación de la asignación de retiro, CREMIL no tuvo en cuenta la inclusión de las partidas de subsidio familiar, la aplicación del párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, y por tanto la liquidación de dicha prestación con el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; a su vez, la aplicación en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs.103 - 110)

Mediante sentencia de fecha cinco (50) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, consideró que el acto acusado aplicó indebidamente la fórmula dispuesta en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se venía computando el porcentaje de liquidación del 70% sobre la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, siendo que se debe ser aplicado únicamente el sueldo básico, y lo que ello resulte de adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse descuento adicional, pero a partir del 3 de mayo de 2013 por prescripción.

Por otra parte, encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa en relación con CREMIL, en lo que corresponde a la pretensión de incremento de la asignación básica del actor de un 40% a un 60% del salario mínimo legal mensual.

Finalmente con relación a la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad no está llamada a prosperar por cuanto la misma no fue incluida por el legislador como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.



13001-33-33-012-2016-00262-01

4. LA APELACIÓN

4.1 De la parte demandante (Fls. 134 – 142)

La parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque parcialmente, reiterando que el demandante tiene derecho al reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Y además, tiene derecho al reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

4.2 De la parte demandada – CREMIL (Fls. 132 – 133)

Solicitó se revocara parcialmente la sentencia de primera instancia reiterando 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%.

5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 8 de junio de 2018 (f. 4 cuaderno de segunda instancia), se admitió el recurso de apelación presentado por las partes.



13001-33-33-012-2016-00262-01

A través de auto de fecha 29 de agosto de 2018 (f. 8 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.

Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en los recursos de apelación (Fls. 11 – 22).

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 CARLOS ALBERTO HERRERA TUSARMA?*
- b. *¿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?*





13001-33-33-012-2016-00262-01

c. *¿Debe incluirse dentro de la asignación de retiro del demandante, la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable?*

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%; ii. la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, si está legitimada 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, por lo que revocará en ese sentido la sentencia apelada y se accederá al reajuste; y iii. la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, toda vez que no estaba definida en la ley o decreto como tal, confirmando en este punto la negativa del A quo.

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. 85001-33-33-002-2013-00237-01(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:





13001-33-33-012-2016-00262-01

- 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:
 - 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.**

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.





13001-33-33-012-2016-00262-01

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." (Negrillas de la Sala)*

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

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- 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). (Fl. 70)

- Mediante Resolución No. 2727 del 29 de octubre de 2008, se reconoció asignación de retiro al actor, con efectos a partir del 14 de octubre de 2008, con base en 1 SMLMV incrementado en un 40%, y la liquidación del 70% de dicha asignación más el 38.5 de la prima de antigüedad (Fls. 9)

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 lo siguiente:

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



13001-33-33-012-2016-00262-01

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 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 14 de octubre de 2008, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 2727 del 29 de octubre de 2008, para lo cual si se encuentra legitimada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo, razón por la que se revocará la negativa en ese sentido del A quo y se accederá al reajuste solicitado.

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, aspecto de la sentencia apelada que será confirmado.

En cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, la misma no puede ser tenida en cuenta toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal, siendo procedente la confirmación de la negativa del A quo.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante 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%, conforme lo expuesto en precedencia, y confirmará en lo demás el fallo apelado.

28



13001-33-33-012-2016-00262-01

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,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida el 5 de diciembre de 2017 por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta como salario base de liquidación el salario mínimo vital incrementado en un 60%, y en su lugar, se **ADICIONA** el ordinal SEGUNDO de dicha sentencia en el sentido de reliquidar a su vez la asignación de retiro del demandante en los siguientes términos:

- Con base en 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 14 de octubre de 2008, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 2727 del 29 de octubre de 2008, pero con efectos fiscales a partir del 3 de mayo de 2013, por prescripción.
- 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.





13001-33-33-012-2016-00262-01

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo recurrido.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

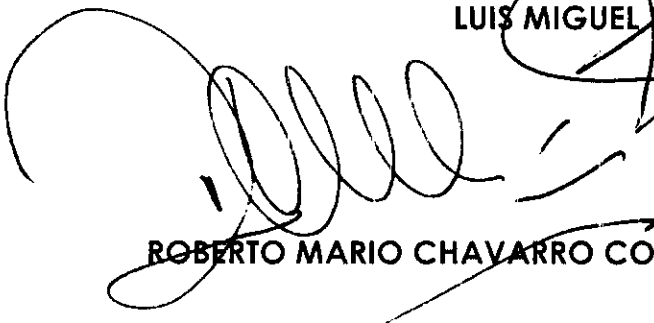
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

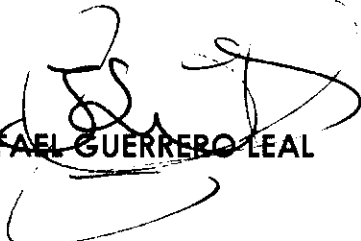
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL