



13-001-33-333-002-2015-00561-02

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-002-2015-00561-02
Demandante:	Dagoberto Figueroa Rosario
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 demandada contra la sentencia de 9 de marzo de 2017, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 23 -29)

a) Pretensiones:

El señor Dagoberto Figueroa Rosario, 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. *Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 49352 del 21 de julio de 2015, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el convocante, y No. 55354 del 11 de agosto de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.*

2. *Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:*

2.1 *Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del*





13-001-33-333-002-2015-00561-02

valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

2.2 Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo al 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, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

3. Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

b) Hechos. Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó en resumen, lo siguiente:

Ingresó a la Armada Nacional en calidad de Soldado Voluntario en el año de 1993; y en el año 2003 pasó a ser Soldado Profesional.

Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, la entidad accionada le reconoció asignación de retiro a través de Resolución No. 5003 de 12 de octubre de 2011.

En la liquidación de su asignación de retiro se le aplicó indebidamente el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 íbidem, porque se efectuó un doble descuento a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y sobre este rubro se le sacó el 70%, desmejorando dicha asignación.

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, ya que tenía la calidad de Soldado Voluntario antes del año 2000.

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 138 y 159 de la Ley 137/11; 10 de la Ley 4/92; Decretos 4433 del 2004; 1793 del 2000 y 1794 del 2000.

Como concepto de la violación, adujo que los actos acusados desconocen su derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales, al





13-001-33-333-002-2015-00561-02

momento de realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro.

La entidad accionada viola el contenido del artículo 16 del Decreto 4433/04, al aplicar un doble descuento en la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro.

Cumple con los requisitos contenidos en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794/00 para que su sueldo básico sea incrementado en un 60%, ya que tenía la calidad de Soldado Voluntario antes del año 2000.

3.2. La contestación (fs. 45 - 48).

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

Reconoció asignación de retiro al demandante mediante Resolución No. 5003 del 12 de octubre de 2011, con efectos a partir del 30 de septiembre de 2011, por haber acreditado un tiempo de servicio de 21 años, 8 meses y 6 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.

CREMIL 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.

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, como lo ha hecho 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 aplicable 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.



13-001-33-333-002-2015-00561-02

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 73-75).

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 9 de marzo de 2017, resolvió:

PRIMERO. Declarar la nulidad del oficio identificado con el número de consecutivo 0049352 de fecha 21 de julio de 2015, y el oficio identificado con el número de consecutivo 0055354 adiado el 11 de agosto de 2015, a través de los cuales, en el primero, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Dagoberto Figueroa Rosario y en el segundo, confirmó la anterior decisión al desatar el recurso de reposición y en subsidio apelación, conforme a los motivos expuestos en la considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconocer y pagar a favor del señor **DAGOBERTO FIGUEROA ROSARIO**, la diferencia en la asignación mensual de retiro que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, conforme a la fórmula $AR = [(SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)]$; donde AR es asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la prima de antigüedad; teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, inaplicando para este específico asunto el inciso 1° de la norma en cita, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad. A los factores reconocidos, deberá incluirse también el porcentaje correspondiente al subsidio familiar, percibido en actividad por el demandante, para lo cual se inaplicará este específico asunto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad.

TERCERO: DECLARAR prescritas las diferencias de las mesadas pensionales, causadas en favor de este demandante con anterioridad al 10 de junio de 2012, por prescripción trienal conforme a la considerativa de esta providencia.

CUARTO: Las sumas resultantes serán ajustadas en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia utilizando la siguiente fórmula: (...)

QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEXTO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte vencida del proceso.

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que los actos administrativos violan en forma directa el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, porque CREMIL incurrió en una errónea interpretación de dichas disposiciones al momento de aplicarlos al caso concreto, por ende debe reajustarse la asignación de retiro del actor, con base en la interpretación correcta de dichas disposiciones.

Además se debe inaplicar por inconstitucional el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, pues viola el artículo 53 de la Constitución Política y debe





13-001-33-333-002-2015-00561-02

tomarse en cuenta como asignación básica para la liquidación de la asignación de retiro, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y no en 40% como erráticamente lo hizo la demandada.

Por último, la decisión de la entidad de no incluir en la liquidación de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar como partida computable viola en forma directa el artículo 13 de la Constitución Política, dado que no existe justificación razonable para que el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 lo haya excluido para los soldados e infantes de marina profesionales, por ende se dispondrá la inclusión de tal prestación, como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro del actor.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 89 - 92).

El apoderado de la parte demandada adujo que el actor no tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro.

A partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433/04, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, sin incluir el subsidio familiar como partida computable, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

La Ley 923/04 y su Decreto Reglamentario 4433/04 constituyen disposiciones de carácter especial que priman sobre las demás normas generales y derogan las normas especiales que le fueron contrarias (artículo 45 del Decreto 4433/04).

Adujo que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433/04 actualmente vigente, el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto, si el actor presenta algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento, debe acusar las mismas, por cuanto a CREMIL le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

- Manifestó que el artículo 16 del Decreto 4433/04, debe interpretarse así:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%

Prima de Antigüedad = 38.5 %





13-001-33-333-002-2015-00561-02

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad)

Por consiguiente, debe reconocerse 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.

No está legitimado para incrementar la asignación básica en un 20% adicional, porque es el Ministerio de Defensa quien tiene dicha función, y por ello las pretensiones debieron dirigirse a esa entidad.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 2 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 105), y por providencia de 20 de noviembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 109).

La parte demandante en sus alegatos reiteró lo expuesto en la demanda, incluyendo las pretensiones que fueron denegados por el A-quo (fs. 117 - 120).

La parte demandada reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación (fs. 112 - 116).

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

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.





13-001-33-333-002-2015-00561-02

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si **(i)** efectivamente la entidad accionada al momento de liquidar la asignación de retiro del accionante aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; **(ii)** si éste tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro el subsidio familiar como partida computable; **(iii)** si CREMIL está legitimado para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60 % de la asignación básica mensual y **(iv)** si se debe reajustar asignación de retiro adicionando un 20%, teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794/00.

8.3. Tesis de la Sala

La entidad demandada interpretó erradamente el artículo 16 del Decreto 4433/04, pues aplica un doble descuento a la prima de antigüedad del accionante, al momento de liquidar su asignación de retiro.

CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente el Ministerio de Defensa hubiera reajustado el salario devengado en servicio activo.

El demandante sí tiene derecho a que se le fije su salario con el mínimo incrementado en un 60%, pues tenía la calidad de soldado voluntario antes del 31 de diciembre del año 2000, y por ello le resulta aplicable el inciso 2º del D.R. 1794/00.

La Sala revocará la decisión de tener como partida computable el subsidio familiar, porque el actor no formuló dicha pretensión en la demanda.

8.4 Marco jurídico y jurisprudencial.

La Ley 131/85 reguló el ingreso, beneficios y obligaciones en materia de servicio militar voluntario, y en el artículo 4 estableció lo siguiente:

"ARTICULO 4º. 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



13-001-33-333-002-2015-00561-02

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.

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. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 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 debe ser interpretada conforme a lo establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1º señala:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN 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 párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."

La Ley 923/04 establece 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 de que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433/04 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 numeral 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.

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.F. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.





13-001-33-333-002-2015-00561-02

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 5003 del 12 de octubre de 2011, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 33 de 2011) 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. 2 - 3).
- Que el demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 21 años, 8 meses y 6 días (f. 2).
- Que tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 15 de junio de 1991 hasta el 13 de agosto de 2003, y que en su última nómina, correspondiente a junio de 2011, le cancelaban sueldo básico, bonificación orden público y prima de antigüedad (f. 13).



13-001-33-333-002-2015-00561-02

- 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. 12).
- El 10 de julio de 2015 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 61973 consecutivo 2015-49352 del 21 de julio de 2015 (fs. 4 – 7).
- El demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante oficio 11 de agosto de 2015 (8 – 10).

8.6. Caso concreto

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

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 interpretación que debe darse 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





13-001-33-333-002-2015-00561-02

16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo(..)"

Este tema fue objeto de unificación por parte de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, mediante sentencia del 25 de abril de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, en el que señaló que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

"Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad"

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad)* 70%=Asignación de Retiro

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo



13-001-33-333-002-2015-00561-02

que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

$$(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$$

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho².

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

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

² Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.





13-001-33-333-002-2015-00561-02

actividad que devengaba, tal como lo estableció el Juez de primera instancia, razón por cual debe confirmarse en este aspecto la sentencia apelada.

- Legitimación para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60% de la asignación básica mensual.

El Consejo de Estado se vio en la necesidad de definir si, para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro con el 20% adicional, era necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si se podía acudir directamente a CREMIL para requerir este ajuste, ya que existían diversas interpretaciones al respecto en los tribunales y juzgados del país.

Por lo anterior, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, citada previamente, se estableció que 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.

Dicha providencia señaló que CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro y, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación.

Adujo que el hecho de que la entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

En vista de que se profirió la sentencia de unificación comentada, que constituye un precedente vinculante, este Tribunal adopta los criterios allí expuestos, unificando en este sentido los criterios que había sostenido en algunas sentencias anteriores.

- Incremento adicional del 20% del salario básico.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado CE-SUJ2 850013333002201300060 01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, unificó el criterio sobre el temas así:





13-001-33-333-002-2015-00561-02

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000³ distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁴ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁵ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁶ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

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

Elo por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁷ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4º de 1992⁸ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁹ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos".

³ Ib.

⁴ Ib.

⁵ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁶ Ib.

⁷ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁸ **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**

⁹ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.





13-001-33-333-002-2015-00561-02

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

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁰ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹¹ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹² es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹³ y 174¹⁴ de los Decretos 2728 de 1968¹⁵ y 1211 de 1990,¹⁶ respectivamente.

¹⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹¹ Ib.

¹² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹³ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹⁴ **Artículo 174. Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁵ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁶ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



13-001-33-333-002-2015-00561-02

La sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, citada previamente, reiteró los criterios expuestos previamente.

- De las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que efectivamente el demandante en el año 2000 tenía la calidad de soldado voluntario (f. 13), lo cual le generó el derecho, según el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794, a que a su asignación de retiro se le sea aumentado el 60% del SMLMV, y no el 40% como lo ha venido haciendo la entidad demandada.

Esta Sala encuentra que, no se ha liquidado en debida forma la asignación de retiro del demandante, puesto que no se le ha incluido en su liquidación el aumento del 60% del salario del respectivo año, pues del desprendible de pago aportado al proceso se observa que en el año 2011, se le pagó como sueldo básico la suma de setecientos cuarenta y nueve mil ochocientos cuarenta pesos (\$749.840), que corresponde a 1 SMLMV de la fecha incrementado en un 40%.

- Por último la Sala revocará la decisión de tener el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, porque el actor no elevó tal pretensión en la demanda, ni la percibió y además porque en criterio de la Sentencia de unificación varias veces citada, 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, y en el presente asunto el actor causó su derecho antes de 2011 (fs. 2 – 3).

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 parcialmente favorable el recurso de apelación de la parte demandada, la Sala se abstendrá de condenarla en costas.

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: Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes, en lo relativo al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable.



13-001-33-333-002-2015-00561-02

En consecuencia, la asignación de retiro del demandante deberá liquidarse en los siguientes términos:

- i) 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 la fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 5003 del 12 de octubre de 2011. 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.
- ii) Con la inclusión únicamente de las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, asignación básica mensual incrementada en un 60% y prima de antigüedad.
- iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará **exclusivamente** sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.
- iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

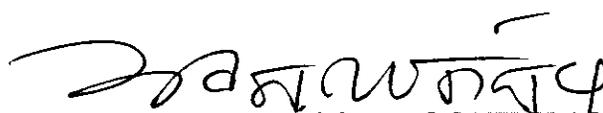
[Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)] + 38.5% (prima de antigüedad) = Asignación de retiro.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

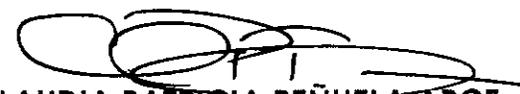
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. - Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
C

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



