



HS=111-1701

13-001-33-33-002-2017-00111-01

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-002-2017-00111-01
Demandante:	Olegario Vásquez Elles
Demandado:	CREMIL
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia de 23 de agosto de 2018, 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. 26 - 34)

a) Pretensiones:

El señor Olegario Vásquez Elles, 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. 0078442 proferido el 28 de noviembre de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y 0002946 de fecha 01 de febrero de 2017, 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 CREMIL, 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 valor de la asignación por retiro, al tomar*





13-001-33-33-002-2017-00111-01

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 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, 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%.

2.3. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución nacional, al incluir el subsidio familiar como partida computable par la asignación de retiro de los soldados profesionales, en una cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares y por los soldados profesionales a quienes se les viene reconociendo el subsidio familiar como partida computables en una cuantía muy superior.

2.4. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro que actualmente devenga el demandante, cuando a todos los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, si se le incluyen esta prestación.

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 Regular en el año de 1993; en el año 1995 obtuvo la condición de Soldado Voluntario 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. 7711 del 5 de septiembre de 2014.

En la liquidación de la asignación de retiro se le aplicó indebidamente el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo



13-001-33-33-002-2017-00111-01

13.2.1., de la misma norma, porque se aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y a este rubro se le sacó el 70%, desmejorando así la fórmula se la desmejoró su asignación de retiro.

Así mismo, debió tenerse en cuenta el salario en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario mínimo incrementado en un 60% y no en un 40% como se hizo, ya que tenía la calidad de Soldado Voluntario antes del año 2000.

Además, al momento de reliquidar la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta el subsidio familiar en un 100% como partida computable, así como la duodécima parte de la prima de navidad.

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; 1794 del 2000.

Como concepto de la violación, explicó que los actos acusados desconocen su derecho a devengar una pensión justa y acorde con las previsiones legales, al momento de realizar una liquidación equivocada del monto de la asignación de retiro.

La entidad accionada viola el 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.

Existe violación al principio de igualdad, porque no se le tuvo la prima de navidad como partida computable en su asignación de retiro. Además el subsidio familiar se le reconoció en un porcentaje menor al que se le reconoce a los Oficiales y Suboficiales.

3.2. La contestación (fs. 47 - 54).

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

Le reconoció asignación de retiro al demandante mediante Resolución No. 7711 del 5 de septiembre de 2014, con efectos a partir del 21 de octubre de 2014, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 19 días.





13-001-33-33-002-2017-00111-01

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.

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

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

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

Por disposición legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º 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.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 108 - 110)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 23 de agosto de 2018, resolvió:

PRIMERO: *Por lo expuesto en la presente providencia, se DECLARA PROBADA DE OFICIO la excepción de ilegalidad y, en consecuencia, se INAPLICA la Resolución 9698 de fecha 26 de marzo de 2018, por medio de la cual tácitamente la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares revocó de manera oficiosa parcialmente la negativa al reajuste por la diferencia del 20% en la asignación básica, decidida mediante oficio 0078442 de fecha 28 de noviembre de 2016 y el 002946 adiado 1 de febrero de 2017.*

SEGUNDO: *Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio identificado con el número de consecutivo 0078442 de fecha 28 de noviembre de 2016, así como del oficio identificado con el número de consecutivo 002946 adiado 1 de febrero de 2017, a través de los cuales se negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Olegario Vásquez Elles conforme a los motivos expuestos en la considerativa de esta sentencia.*

TERCERO: *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 Olegario Vásquez Elles, la diferencia en la asignación mensual de retiro que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que*



13-001-33-33-002-2017-00111-01

resulte de tomar en cuenta como asignación básica la que corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, así también a los factores reconocidos, deberá incluirse una doceava parte la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, para lo cual se inaplicará en este específico asunto, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, tomando en cuenta que en el evento en que se hubieren pagado valores con apoyo en el reajuste por el incremento del 20% en la asignación básica tomada en cuenta, la entidad demandada deberá descontar del pago de las diferencias dejadas de percibir lo que hubiere sido efectivamente pagado.

CUARTO: *Se niegan las demás pretensiones postuladas en el escrito de demanda, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*

QUINTO: *Las sumas resultantes serán ajustadas en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia (...).*

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

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que el subsidio familiar se otorgó como una compensación a aquellas personas que devengaban un salario bajo, dentro de un criterio que toma en cuenta las necesidades básicas del grupo familiar.

A los soldados profesionales solo se les tuvo en cuenta dicho subsidio hasta su retiro del servicio activo.

La prima de navidad tiene naturaleza remuneratoria o compensatoria, es decir, retribuye la labor desempeñada por los soldados profesionales.

Los anteriores emolumentos no fueron contemplados en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales pero sí para los demás miembros de las fuerzas militares, situación que vulnera el derecho a la igualdad.

Adujo que revisado el acto acusado, este tuvo en cuenta el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro y por ello no es procedente acceder a dicha pretensión.

La asignación de retiro se calcula teniendo como base el 70% de la asignación básica del soldado, adicionado con el 38.5 de la prima de antigüedad.

CREMIL ordenó la liquidación de la asignación de retiro del acto en los términos descrito anteriormente, y por ello no habría lugar a reliquidación alguna.



13-001-33-33-002-2017-00111-01

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada (fs. 140 -143), adujo que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada prima de navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales.

El numeral 13.2 del artículo 13 *ibídem*, estableció que las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales se liquidarían teniendo en cuenta el salario mensual y la prima de antigüedad.

Por lo anterior, se tiene que para efectos de liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales no se tiene en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad solicitada.

El apoderado de la parte demandante (fs. 142 – 143), cuestionó el fallo de primera instancia aduciendo que lo que solicitó con la demanda fue el aumento en el porcentuales reconocido en la prima de navidad.

El juez de primera instancia ordenó que se le incluyera el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad, decisión que continua vulnerando sus derechos fundamentales.

El Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio del 2017, C. P. Cesar Palomino Cortés, declaró con efectos *ex tunc* la nulidad del Decreto 3770 del 2009, el cual había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 correspondiente al subsidio familiar, y adujo que una vez alcanzado cierto rango de protección no se puede retroceder o desmejorar la condición del pensionado.

Por otro lado manifestó que el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, establece la forma como se debe liquidar la asignación de retiro a favor de los Soldados Profesionales, 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. Y que la entidad accionada mal interpreta dicha norma, por ello, al momento de liquidar su asignación de retiro realiza un doble descuento a su prima de antigüedad.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 1^o de febrero de 2019 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes (**f. 154**), y por providencia de 2 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (**fl. 158**).



13-001-33-33-002-2017-00111-01

La parte demandante en sus alegatos reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación (fs. 161 - 167).

La parte demandada reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación (fs. 168 - 169).

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.

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si **(i)** efectivamente la entidad accionada al momento de liquidar la asignación de retiro del actor aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; **(ii)** si este tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro el subsidio familiar como partida computable en el mismo porcentaje devengado en actividad; y **(iii)** si tiene derecho a que se le incluya la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

8.3. Tesis de la Sala

La entidad demandada no está aplicando correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues aplica un doble descuento a la prima de antigüedad del accionante, al momento de liquidar su asignación de retiro.

El demandante no tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro en los términos que la reclama, porque se le reconoció la asignación de retiro con posterioridad del mes de julio de 2014,



13-001-33-33-002-2017-00111-01

por ello, tenía derecho a que se le incluyera el subsidio familiar en la forma en que lo hizo la accionada, es decir, con el 30% de la devengado en actividad, tal como lo reconoció la entidad demandada en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro.

Por último, el demandante no tiene derecho a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad porque dicho factor no fue contemplado como partida computable en el Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, deberá modificarse la sentencia apelada, en el sentido de excluir de la reliquidación de la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad que el A quo dispuso tener en cuenta; y aplicar correctamente la reliquidación en los términos del artículo 16 del Decreto 4433/04.

8.4 Marco normativo aplicable al caso.

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 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."

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



13-001-33-33-002-2017-00111-01

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

"ARTICULO 1. 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.

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.





13-001-33-33-002-2017-00111-01

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 1º 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.

Posteriormente el Decreto 1162/14, "Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares", estableció en su artículo 1º lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares **que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar**, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez **el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Solo a partir de la entrada en vigencia de la norma transcrita los soldados profesionales tienen derecho a que en su asignación de retiro se les compute el subsidio familiar en un 30% del sueldo básico.

8.5. Lo probado en el proceso

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

- CREMIL, a través de la Resolución 7711 del 5 de septiembre de 2014, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068/13), indicado en el numeral 13.2.1: (salario mensual en los términos del inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000), adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad (fs. 13 - 14).

- El demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 20 años, 6 meses y 19 días (f. 13).

- Tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 17 de agosto de 1995 hasta el 13 de agosto de 2003 (f. 15).



13-001-33-33-002-2017-00111-01

- Para liquidar la asignación de retiro del actor la entidad accionada suma el salario básico, el 38.5% de la prima de antigüedad del actor, más el 30% de la prima de antigüedad y a ese resultado le extrae el 70% (f. 16).
- El 1º de noviembre de 2016 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 93955 consecutivo 2016-78442 del 28 de noviembre de 2016 (fs. 2 – 8).
- El demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante oficio de 1º de febrero de 2017 (Fs. 9 – 11).

8.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

- Sobre la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433/04

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



13-001-33-33-002-2017-00111-01

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:

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

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



13-001-33-33-002-2017-00111-01

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 *eiusdem*, 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.

En aplicación de los criterios expuestos en la sentencia descrita, que constituye un precedente vertical vinculante para la Sala, es claro que la entidad

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.



13-001-33-33-002-2017-00111-01

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

De las pruebas allegadas al proceso se observa que CREMIL, al momento de liquidar la asignación de retiro del actor, no aplicó en debida forma el artículo 16 antes transcrito y el Juez A quo pasó por alto esa situación y omitió disponer la reliquidación en los términos descritos previamente. Para corregir ese yerro habrá que modificarse la sentencia apelada.

- Sobre el subsidio familiar como partida computable.

En anteriores oportunidades este Tribunal había reconocido el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, con apoyo en providencias del Consejo de Estado, entre otras las proferidas el 11 de diciembre de 2014 y 27 de octubre de 2016, en la que se señaló que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 viola el principio de igualdad, al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales.

No obstante, este tema fue objeto de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 25 de abril de 2019, citada previamente, en la que señaló que 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 dicho fallo se concluyó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: **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. - **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.

Concluyó el Consejo de Estado que 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%³ para quienes al momento de su retiro estén devengado

³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.



13-001-33-33-002-2017-00111-01

para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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.

En el presente caso, el demandante se le reconoció la asignación de retiro con posterioridad del mes de julio de 2014, por ello, tenía derecho a que se le incluyera el subsidio familiar en la forma en que lo hizo la accionada, es decir, con el 30% de la devengado en actividad, tal como lo reconoció la entidad demandada en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro.

- Sobre la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del actor.

La sentencia de unificación citada en repetidas oportunidades señaló que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

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.

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.

En el presente asunto se observa que el artículo 13.2 del Decreto 443 de 2004, solo contempla como partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo Decreto.

Como la prima de navidad no se encuentra incluida en dicho artículo la Sala revocará en este sentido el fallo de primera instancia.

⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.



13-001-33-33-002-2017-00111-01

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 los recursos de apelación interpuestos, la Sala se abstendrá de condenarlos 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: Modificar el numeral tercero de la sentencia impugnada, el cual quedará así:

TERCERO: 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 la, asignación básica mensual incrementada en un 60%, la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar.
- 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) + 30% del subsidio familiar = Asignación de retiro.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.



13-001-33-33-002-2017-00111-01

[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) + 30% del subsidio familiar devengado en actividad = Asignación de retiro.

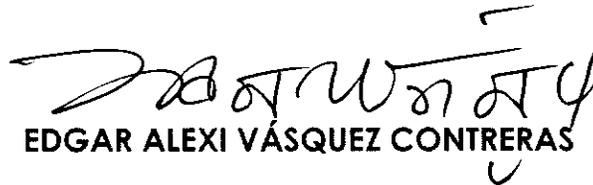
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

