



13-001-33-333-008-2014-00433-01

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

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13-001-33-33-008-2014-00433-01
<b>Demandante:</b>	Jonny Muñoz Escalante
<b>Demandado:</b>	CREMIL
<b>Tema:</b>	Reliquidación de asignación de retiro.
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 11 de marzo de 2016, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

**III. ANTECEDENTES****3.1. La demanda (fs. 2 - 10)****a) Pretensiones:**

El señor Jonny Muñoz Escalante, 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:

**PRIMERO:** Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 67651 de fecha 19 noviembre 2013, firmado por Flor Angela Canaval Ardila - Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó el reconocimiento y pagó del incremento del S.M.M.L.V. del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

**SEGUNDO:** Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 67646 de fecha 19 noviembre 2013, firmado por Flor Angela Canaval Ardila - Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó la reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

**TERCERO:** Se declare la NULIDAD de la decisión tomada mediante oficio No. 70016 de fecha 22 noviembre 2013, firmado por Flor Angela Canaval Ardila - Subdirectora de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó el reconocimiento, pagó e inclusión en la liquidación de la resolución de





13-001-33-333-008-2014-00433-01

asignación de retiro de la PRIMA DE NAVIDAD de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones 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 al pago de los dineros indexados junto con los interés de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación de:

1. La reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
2. El reajuste de la asignación de retiro del cuarenta (40% al sesenta (60%) por ciento de conformidad con el Inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de Septiembre 14 de 2000.
3. La inclusión y reliquidación de la PRIMA DE NAVIDAD en la asignación de retiro de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8.
4. Condenase en costas y agencias en derecho 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 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. 3306 de 28 de junio de 2013.

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 13.2.1 de la misma norma, porque se efectuó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y sobre este rubro se le sacó el 70%.

Al aplicar indebidamente la fórmula se la desmejoró su asignación de retiro.

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.

Además, al momento de reliquidar la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.





13-001-33-333-008-2014-00433-01

### **c) Normas violadas y concepto de violación**

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 53 de la Constitución Política; 10 de la Ley 4/92; Decretos 4433 del 2004; 1793 del 2000; 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 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 1º 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. 43 - 48)**

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. 3306 del 28 de junio de 2013, con efectos a partir del 21 de julio de 2013, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 29 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.

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





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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.

#### **IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 127 - 132)**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 de marzo de 2016 negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que el demandante ingresó a las Fuerzas Militares como soldado regular y posteriormente como profesional; vencido 20 años de servicio en la institución por Resolución No. 3306 del 28 de junio de 2013, se le otorgó asignación de retiro y en la cual el actor afirma que no se le incluyeron todos los valores devengados, por lo que presenta reclamación administrativa a fin de que se le incluyas las demás partidas, sin embargo, la entidad le niega la petición.

El artículo 16 del Decreto 4433/2004, establece que los Soldados Profesionales que sean retirados y cumplan 20 años de servicios tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, y en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes de los mismos, corresponde al 70% del salario básico mensual que indica el artículo 13.2.1 de Dicho Decreto adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

No es posible acceder a la pretensión de incluir la duodécima parte de la prima de navidad al momento de la liquidación de la asignación de retiro, porque el Decreto 4433 del 2004, estableció el régimen de prestaciones sociales de los soldados profesionales pertenecientes a las fuerzas militares, en la cual no se incluyó la prestación solicitada.

#### **V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 134 - 142).**

**El apoderado de la parte demandante** cuestionó el fallo de primera instancia, aduciendo en resumen lo siguiente:

- El Soldado Profesional en servicio activo devenga prima de navidad al igual que todos los funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional, pero al momento del retiro no le es incluido en su asignación de retiro.



13-001-33-333-008-2014-00433-01

De lo anterior, se debe predicar el derecho y el principio de la igualdad material respeto de todos los funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional, al igual que los civiles y militares, ya que si le es tenida e incorporada en las asignaciones de retiro y pensiones.

- Tiene derecho a que su salario básico sea incrementado en un 60% y no en un 40% del SMLMV, porque cumple con el requisito de haber tenido la condición de Soldado Voluntario antes del año 2000.

- Existe una indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, pues la entidad demandada, al efectuar el cálculo de la asignación de retiro, a la prima de antigüedad del 38.5%) le sumó el 100% del sueldo básico, para finalmente, deducir el 70%. No obstante, debió sacar el 70% al sueldo básico, y a ese resultado, debe adicionársele 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

## **VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de 14 de julio de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 10, C-2), y por providencia de 31 de julio 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. 14, C-2).

Ni la parte demandante ni la parte demandada presentaron alegatos de conclusión.

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



13-001-33-333-008-2014-00433-01

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 éste tiene derecho a que se le incluya en su asignación la duodécima parte de la prima de navidad 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 de 2000.

## 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.

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.

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 Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

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.

## 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."



13-001-33-333-008-2014-00433-01

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,<sup>1</sup> 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:

**"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

<sup>1</sup> 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.





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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.

13.1.8 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 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:

- CREMIL, a través de la Resolución No. 3306 del 28 de junio de 2013, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2738 de 2012) 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, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto – Ley 4433/04 (fs. 3 -5).



13-001-33-333-008-2014-00433-01

- El demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 20 años, 6 mes y 29 días (f. 3).
- Tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 15 de marzo de 1994 hasta el 13 de agosto de 2003 (f. 63).
- En su última nómina correspondiente a marzo de 2013, le cancelaban sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, bonificación dragoneante y bonificación orden público (f. 63).
- 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. 9 respaldo).
- El 05 de noviembre de 2013 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta en 20% adicional en su asignación básica, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 99575 consecutivo 2013-67651 del 19 de noviembre de 2013 (fs. 7 - 9).
- El 22 de octubre de 2013 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta la debida forma de interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004., la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 94991 consecutivo 2013-67646 del 19 de noviembre de 2013 (fs. 11 - 13).
- El 22 de octubre de 2013 el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad, la cual fue negada mediante oficio No. CREMIL 101569 consecutivo 2013-7006 del 27 de noviembre de 2013 (fs. 15 - 17).

#### 8.6. Caso concreto.

#### - 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





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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 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:**

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

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





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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 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,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= 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 derecho<sup>2</sup>.

**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

<sup>2</sup> 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.





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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:**

**(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = 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 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 acabo 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



13-001-33-333-008-2014-00433-01

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:

*Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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.*

<sup>3</sup> Ib.

<sup>4</sup> Ib.

<sup>5</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>6</sup> Ib.





13-001-33-333-008-2014-00433-01

**Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>7</sup> derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4° de 1992<sup>8</sup> y el Decreto Ley 1793 de 2000,<sup>9</sup> 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”.**

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 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>10</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

**Segundo.** De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>11</sup> 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,<sup>12</sup> 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

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

<sup>8</sup> **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.**

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

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

<sup>11</sup> Ib.

<sup>12</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.



13-001-33-333-008-2014-00433-01

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 10<sup>13</sup> y 174<sup>14</sup> de los Decretos 2728 de 1968<sup>15</sup> y 1211 de 1990,<sup>16</sup> respectivamente.

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 para el año 2000 tenía la calidad de soldado voluntario (f. 63), 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 2013, se le pagó como sueldo básico la suma de ochocientos veinticinco mil trescientos pesos (\$825.300), que corresponde a 1 SMLMV de la fecha incrementado en un 40% (f. 63).

**- 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

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

<sup>14</sup> **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.

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

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





13-001-33-333-008-2014-00433-01

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 1° 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 negará esta pretensión.

**- Prescripción de las mesadas de la asignación de retiro.**

El artículo 43 del Decreto 4433/04, establece que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente Decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

En el presente asunto al actor se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución 3306 de 2013 y la demanda fue presentada el 12 de diciembre de 2014 (f.1), lo que no da lugar a prescripción de las mesadas pensionales.

**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 condenarlo en costas.

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, la cual quedara así:



13-001-33-333-008-2014-00433-01

**a.** Declarar la nulidad de los oficios Nos. CREMIL 99575 consecutivo 2013-67651 del 19 de noviembre de 2013 y CREMIL 94991 consecutivo 2013-67646 del 19 de noviembre de 2013, por medio de los cuales CREMIL negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor,

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.

**b.** Pagar la diferencia resultante entre lo reconocido y pagado efectivamente y el resultado de la nueva liquidación de la prestación que aquí se ordena.

- Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

- CREMIL deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del C.P.A.C.A

**c.** Sin lugar a prescripción de las mesadas pensionales.

**SEGUNDO:** Confirmar en lo demás la sentencia apelada.





13-001-33-333-008-2014-00433-01

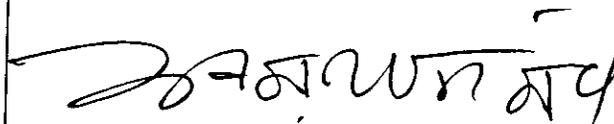
**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**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 excusa

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13-001-33-33-008-2014-00433-01
<b>Demandante:</b>	Jonny Muñoz Escalante
<b>Demandado:</b>	CREMIL
<b>Tema:</b>	Reliquidación de asignación de retiro.
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

