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:	13-001-33-33-012-2016-00086-01
Demandante:	Fernel Enrique Arnedo Orozco
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 19 de diciembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1 – 11)

a) Pretensiones:

El señor Fernel Enrique Arnedo Orozco, 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. *Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 5535 del 8 de julio de 2015, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una asignación de retiro a favor del Infante de Marina retirado Profesional Fernel Arnedo Orozco.*
>
> 2. *Se inaplique por inconstitucionalidad e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004.*
>
> *CONDENAS.*
> *1. Condenar a la parte demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de la Reliquidación en la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante Infante de Marina retirado (...), por la indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem, y lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000.*

2. Condenar a la parte demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la Reliquidación sobre la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante Infante de Marina Retirado (...), incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados por mi mandante al momento de su retiro tales como son: el subsidio familiar en 100% del valor percibido, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual y demás primas, bonificaciones. subsidios, auxilios y ccmpensaciones devengados por mi mandante, los cuales no fueron tenidos en cuenta para tal efecto.

3. Condenar a la entidad demandada a que, reajuste el valor de la mesadas de retiro, desde la fecha en que se efectuó su reconocimiento y ordenó el pago de la asignación por retiro hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de la asignación de retiro reliquidada.

4. Condenar a la entidad demandada al Reconocimiento, Liquidación y Pago de las diferencias generadas y no pagadas sobre las mesadas de retiro originadas por el nuevo valor de la asignación de retiro.

5. Condenar a la entidad demandada al pago de las diferencias que se generen a favor de la pensionada por concepto de la reliquidación solicitada, debidamente indexadas con los respectivos intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley, así como su incidencia en el monto de la pensión y los incrementos anuales correspondientes, de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

6. Condenar a la parte demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

7. Condenar a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

b) Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó en resumen, lo siguiente:

Ingresó a las Fuerzas Armadas en calidad de Soldado Regular en el año de 1991; luego en el año de 1993 paso a ser Soldado Voluntario, y en el año 2003 pasó a ser Infante de Marina Profesional.

Por cumplir con los requisitos exigidos en la ley, la entidad accionada le reconoció asignación de retiro a través de Resolución No. 5535 de 8 de julio de 2015.

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 aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, se toma el 38.5% y sobre este rubro se le sacó el 70%,

Además, al momento de reliquidar la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente

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.

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 58 de la Constitución Política; 4 y 10 de la Ley 4° de 1966; 13 del Código Sustantivo del Trabajo; Leyes 6° de 1945; 923 del 2004; 21 de 1982; 62 de 1985; 33 de 1985; 812 de 2003; Decretos 4433 del 2004; 1793 del 2000; 1794 del 2000; Concepto No. 34332 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil; Sentencia C- 432 del 2004; Convenios Internacionales de la OIT; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Como concepto de la violación, adujo que en un Estado Social de Derecho no es admisible que el mismo Estado desconozca un derecho legítimo y adquirido, consistente en que se le liquide y pague su asignación de retiro, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, durante el año inmediatamente anterior al adquirir su status de retirado, tal y como lo ordenan las normas aplicables al caso: y no como lo realizó la entidad demandada.

Igualmente viola el principio de igualdad, porque no se le tuvo el subsidio familiar, la duodécima parte de las primas de navidad, de servicio anual, de vacaciones y demás prestaciones sociales, bonificaciones y prebendas que constituían salario; situación que no tiene soporte jurídico alguno, y por ello se debe inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

3.2. La contestación (fs. 31 – 37).

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. 5535 del 8 de julio de 2015, con efectos a partir del 13 de julio de 2015, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 10 meses y 16 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.

El actor solicitó la aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la inclusión del subsidio familiar, la prima de navidad, el 20% sobre la asignación básica y demás primas, subsidios y el oficio demandado.

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 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, contrariando explícitamente la disposición enunciada.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 55 – 96)

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 19 de diciembre de 2017, resolvió:

> *"**PRIMERO:** Inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, para efectos de la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5535 del 8 de julio de 2015 emanada de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por las razones expuestas en el presente proveído.*
>
> ***TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, ORDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo siguiente:*
>
> *Reliquidar la asignación de retiro del señor FERNEL ENRIQUE ARNEDO OROZCO con inclusión del subsidio familiar liquidado en un 100% del valor devengado en actividad*

Reliquidar la asignación de retiro del señor FERNEL ENRIQUE ARNEDO OROZCO aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, es decir, aplicando el porcentaje de liquidación del 70% únicamente al sueldo básico, adicionando a lo que resulte de ello, el 38.5% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.

CUARTO: *CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar al señor FERNEL ENRIQUE ARNEDO OROZCO, el valor resultante de la reliquidación ordenada en el numeral anterior, desde el 13 de julio de 2015.*

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula: (...)

QUINTO: *De la suma a pagar al señor FERNEL ENRIQUE ARNEDO OROZCO, la entidad demandada deberá descontar los aportes en salud y demás descuentos legales respecto de los mayores valores pagados.*

SEXTO: *Denegar las demás pretensiones de la demanda.*

SÉPTIMO: *Sin condena en costas.*

OCTAVO: *Devuélvase a la parte demandante el remanente existente en este proceso, tal como consta en su respectiva liquidación en la caratula del expediente, pero previa solicitud, la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. ($ 23.800), previa deducción de los gastos que ocasione dicha devolución.*

NOVENO: *Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.*

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que el subsidio familiar es una prestación social concebida en favor de los trabajadores que tengan un nivel de ingreso bajo, a fin de que puedan satisfacer las necesidades básicas de su núcleo familiar (alimentación, vestido, estudio, etc.).

Este subsidio está previsto para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía que se encuentren en servicio activo y constituye un factor salarial que se debe tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro y pensiones (invalidez y sobrevivientes) de oficiales y suboficiales de dicho personal.

Adujo que en materia pensional existe un trato discriminatorio entre el personal uniformado de las Fuerzas Militares, esto es, entre oficiales, suboficiales y los soldados profesionales, pues no existe justificación razonable para que el subsidio familiar solo se les reconozca a estos últimos en un porcentaje del 30% del valor que estén devengando en servicio activo, mientras que a los oficiales y suboficiales de la misma institución se les compute como factor de liquidación de su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Respecto de los demás factores salariales denominados prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio anual, la situación es distinta, pues si bien es cierto que omitir incluir del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro resulta una medida discriminatoria e injustificada, también es cierto que este raciocinio se deriva de la naturaleza específica de este emolumento, con lo cual no se está vetando el principio de libre configuración de la ley por parte del legislador.

Por ello, no incluir de otras partidas como computables dentro de las asignaciones de retiro, no comporta violación de derecho fundamental alguno y es consecuente con lo plasmado por el legislador en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que buscó excluir de la liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales todas aquellas partidas no previstas en el mencionado artículo.

Del contenido del acto de reconocimiento, se desprende que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro se tuvo en cuenta el salario mensual, la prima de antigüedad y el subsidio familiar pero en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014.

Así las cosas, es procedente que se inaplique por inconstitucional el artículo 13 numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, reconociendo al actor el derecho a que el subsidio familiar devengado en actividad y que ha sido incluido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro se le aplique en el equivalente al 100% del que devengaba en actividad y no en un 30% como se había ordenado en el acto administrativo que reconoce la prestación pensional.

Por otra parte manifestó que la forma como la entidad demandada efectuó el cálculo de la asignación de retiro del accionante, se aparta de la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, afectando sus intereses, en la medida en que conllevó a la determinación de una asignación inferior a la que tiene derecho, pues para liquidar la asignación de retiro se debe aplicar el 70% sobre la liquidación básica y el resultado obtenido debe adicionársele la prima de antigüedad.

Por último, manifestó no es posible acceder al estudio de la solicitud incrementar el salario mínimo legal vigente en un 60%, porque la entidad demandada carece de competencia para modificar las asignaciones salariales, pues conforme con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, su labor se circunscribe a la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y

de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

La competencia de la demandada se restringe a la liquidación de asignaciones de retiro y, por ende no está facultada para resolver esa solicitud, dado que la misma conlleva a la modificación de una de las partidas computables para tales efectos.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 98 – 101).

El apoderado de la parte demandada adujo que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señala que " *...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*".

A su juicio, la norma anterior establece que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de retiro, así:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%
Prima de Antigüedad = 38.5 %

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.

En cuanto la inclusión del subsidio familiar como partida computable, señaló que a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000. Dicha norma se constituye en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias (artículo 45 del decreto 4433 de 2004).

Mediante el Decreto No. 1162 del 24 de junio de 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos: "*A partir de julio de 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".

Al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que 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, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.

Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.

Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Subsidio Familiar en un 30% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

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.

Adujo que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 7 de mayo de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 112), y por providencia de 27 de junio de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 121).

La parte demandante en sus alegatos reiteró lo expuesto en la demanda, insistiendo en las pretensiones que fueron denegados por el A-quo, relacionadas con la inclusión de las primas de navidad, de vacaciones, de servicios y demás subsidios devengados durante el año anterior al status de pensionado en su asignación de retiro, y con el aumento de la base pensional en un 20% (fs. 129 - 133). - **La parte demandada** reiteró en sus alegatos los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 124-128). **- 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 efectivamente la entidad accionada al momento de liquidar su asignación de retiro aplicó correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y sí tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro en un 100% el subsidio familiar como partida computable.

La Sala no estudiará los argumentos relacionados con la inclusión de las primas de navidad, de vacaciones, de servicios y demás subsidios devengados durante el año anterior al status de pensionado en su asignación de retiro, ni con el aumento de la base pensional en un 20%, teniendo en cuenta que fueron expuesto en los alegatos de conclusión y no en el recurso de apelación.

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; y el demandante

no tiene derecho a que se le incluya el subsidio familiar en los términos en que lo solicita.

En consecuencia, modificará la sentencia apelada, en el sentido de excluir de la condena la obligación de incluir dicho subsidio como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro del actor.

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 4°.*** *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."*

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 parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la*

[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.

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 numera 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.
13.1.8 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.*

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 1° 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

- CREMIL, a través de la Resolución 5535 del 6 de julio de 2015 ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de diciembre de 2014), 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 señalado en el artículo 16 del Decreto 4433/04 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014(fs. 13 - 15).

- El demandante laboró al servicio del Ejército Nacional por 20 años, 10 meses y 16 días (f. 13); y tuvo la condición de Soldado Voluntario desde el 12 de febrero de 1996 hasta el 13 de agosto de 2003 (f. 48); y en su última nómina, correspondiente a marzo de 2015, recibió sueldo básico, subsidio familiar y prima de antigüedad (f. 48).

- Para liquidar la asignación de retiro del actor la entidad accionada suma el salario básico (SMLMV + 40%) y el 38.5% de la prima de antigüedad del actor, y a ese resultado le extrae el 70% (f. 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*

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:**

(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 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[2].

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

[2] *Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 11001031500020140229201(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: 11001031500020150080100; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación:11001031500020150261501 (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: 11001031500020160169500(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800(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.*

> **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:**
>
> **(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.

- 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 Profesiones, 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 también fue objeto de unificación por parte del Consejo de Estado, en providencia 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.

Luego, 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 el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[4] 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% del sueldo básico, tal como lo reconoció la entidad demandada en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro.

Por lo anterior se revocará en este punto la sentencia de primera instancia, y se denegará la pretensión examinada.

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.

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,

---

[3] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[4] *El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.*

FALLA:

PRIMERO: Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto accedió a la pretensión de incluir como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro del demandante el subsidio familiar en un 100% de lo devengaba en actividad. En su lugar, se deniega dicha pretensión.

SEGUNDO: Modificar el numeral 3° de la sentencia apelada, el cual quedaran así:

> ***TERCERO:*** *Como consecuencia de la declaración anterior, ORDÉNASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo siguiente:*
>
> *Reliquidar la asignación de retiro del señor FERNEL ENRIQUE ARNEDO OROZCO aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, es decir, aplicando el porcentaje de liquidación del 70% únicamente al sueldo básico, adicionando a lo que resulte de ello, el 38.5% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad, más el 30% del subsidio familiar, sin que sobre dicho concepto deba hacerse un descuento adicional.*

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

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

SEXTO: 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