

Cartagena de Indias D.T. y C, dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-001-2015-00290-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ORLANDO ANTONIO HERRERA SIMARRA</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS</b>
<b>Tema</b>	<b>Reliquidación de asignación de retiro</b>

### **CUESTION PRELIMINAR**

El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A, mediante sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), decidió AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Orlando Antonio Herrera Simarra y dejó sin efectos la sentencia de 16 de septiembre de 2019, proferida por esta Corporación en Sala de decisión nº 1 y como consecuencia de ello, se ordenó que dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, se dictara nueva sentencia donde se tuviera en cuenta las consideraciones, en ellas expuestas.

*En la providencia que se cumple se indicó:*

*“A través de la presente acción constitucional, el señor Orlando Antonio Herrera Simarra solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la prevalencia del derecho sustancial, al respeto de los derechos adquiridos y al principio de seguridad jurídica, que estima vulnerados con la providencia del 16 de septiembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la que se negó la pretensión de reliquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro*

*Considera el accionante que en la referida providencia se incurrió en los defectos «desconocimiento de precedente jurisprudencial, fáctico y decisión sin motivación», al no aplicar al caso el criterio jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en materia de liquidación de la prima de antigüedad de soldados profesionales y al no realizar un adecuado análisis probatorio en el asunto.*

*Pues bien, se advierte que en la providencia objeto de censura, el Tribunal delimitó como problema jurídico a resolver, si al señor Orlando Antonio Herrera Simarra le asistía el derecho: i) a la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de todos los factores salariales devengados, entre estos, el subsidio familiar y ii) al incremento del 60% del salario básico; y para ello, trajo a colación los planteamientos señalados en la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado SUJ2-015-19 del 23 de abril de 2019, 26 en materia de asignación de retiro de soldados profesionales.*

*En este contexto, procedió a desarrollar el estudio del caso y advirtió que al señor Orlando Herrera Simarra, en su condición de soldado profesional, le eran aplicables los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, en los que se prevé que las partidas*



computables para la liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales son el «salario mensual» y la «prima de antigüedad».

Así las cosas, advirtió con respecto de la partida «salario mensual», que al señor Orlando Herrera Simarra le era aplicable el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto Ley 1794,27 y que por tanto, le asistía el derecho al reconocimiento del 70% del salario mensual, equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%, pues para el 31 de diciembre del año 2000 se encontraba prestando el servicio como soldado voluntario; asunto este frente al cual no existe discusión en materia de tutela y que por tanto, esta Sala nada referirá al respecto.

Ahora, con respecto de la partida «prima de antigüedad», regulada en el artículo 16 del Decreto 4433, que es la materia objeto de discusión en esta instancia constitucional, el Tribunal dejó sentado que en el caso no se encontraba prueba sumaria de que Cremil haya aplicado de manera incorrecta la fórmula establecida en la referida norma, puesto que en la Resolución 2534 del 14 de mayo de 2013, que le otorgó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, solo se encuentra establecido que la liquidación se hará conforme al artículo 16 del Decreto 4433, y no aparece la forma en que la entidad aplicó la fórmula allí establecida.

Finalmente, con respecto de la partida «subsidio familiar», advirtió que pese a haberse devengado en el servicio, no procedía su inclusión dentro de la asignación de retiro, puesto que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 solo prevé como partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad y porque la referida prerrogativa solo fue establecida con el artículo 1° del Decreto 1162 de 201428, que no es aplicable al caso, dado que el señor Orlando Antonio Herrera Simarra se retiró del servicio en el año 2013; este aspecto tampoco fue sujeto de discusión en la presente acción de tutela, por lo que esta Sala tampoco se referida al asunto.

En este estado de cosas, es claro el Tribunal trajo a colación la sentencia de unificación en materia de asignación de retiro de soldados profesionales y con fundamento en lo allí consignado, procedió a realizar el estudio del caso explicando el porqué de cada una de las decisiones adoptadas, de aquí que en el asunto no se evidencie la configuración de los defectos desconocimiento de precedente jurisprudencial y decisión sin motivación.

En todo caso, es de precisar que aunque la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, tomó ejecutoria hasta 20 de noviembre de 2019, 29 pues contra esta decisión fueron presentadas solicitudes de adición y aclaración, que fueron resueltas mediante auto de 10 de octubre de 2019, notificado por estado el 15 de noviembre de 2019, lo cierto es que las solicitudes de adición y aclaración versaron sobre la forma de calcular el subsidio familiar y la prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales, mas no sobre la liquidación de la prima de antigüedad, que es el asunto objeto de discusión en esta instancia constitucional.

Quiere decir lo anterior, que aunque la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, tomó ejecutoria hasta 20 de noviembre de 2019, esto es, con posterioridad al fallo aquí enjuiciado, que se profirió el 16 de septiembre de 2019, lo cierto es que al no involucrarse en las solicitudes de adición y aclaración ninguna inconformidad con respecto de la liquidación de la prima de antigüedad como partida computable en la asignación de retiro de soldados profesionales, el Tribunal podía tomar como referente lo resuelto en esta materia por la sentencia unificadora.

Ahora, diferente ocurre con el defecto fáctico invocado, pues de acuerdo a los hechos encontrados como probados, la Sala encuentra que en el proceso ordinario sí existen elementos a partir de los cuales se puede advertir como es la fórmula de liquidación



de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del señor Orlando Antonio Herrera Simarra.

De un lado, se evidencia que dentro del expediente prestacional del infante de marina profesional de la Armada Nacional Orlando Antonio Herrera Simarra, obra el derecho de petición que este presentó ante Cremil el 17 abril de 2015, en el que dejó sentada la liquidación realizada. A estos efectos, se expuso:

4. Revisada la resolución proferida respecto a mi representado y la protección de la asignación de retiro, se encuentra que la fórmula que decide aplicar la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares para determinar el monto de la asignación de retiro es la siguiente:

Sueldo básico \$721.000

Prima de antigüedad 38.50% \$277.585

Subtotal \$998.585

Porcentaje liquidación 70%

Asignación de retiro \$699.010

5. Como se observa, la fórmula aplicada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por el contrario, decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar, se toma el 38.5% sobre éste rubro y se adicional al 100% del sueldo básico, y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio a mi representado.

6. Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia a favor de mi representado de ochenta y tres mil doscientos setenta y cinco pesos (\$83.275) mensuales para el año 2010, lo que constituye una diferencia importante dada la cuantía de la asignación de retiro, que actualmente está devengando.

De otro lado, aparece dentro del escrito del recurso de reposición y en subsidio de apelación, presentado el 27 de abril de 2015 contra el Oficio 25092 del 23 de abril de 2015, que se vuelve a insistir en la explicación de la forma de liquidación de la prima de antigüedad, en el siguiente sentido:

[...] la fórmula aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no atiende lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 y, por el contrario, decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre éste rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se saca también el 70% [...]

La explicación contenida tanto en el derecho de petición como en el escrito contentivo del recurso de reposición y en subsidio de apelación, fue reproducida en la solicitud de conciliación extrajudicial y en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se señaló:

4. Revisada la resolución proferida respecto a mi representado y la proyección de la asignación de retiro, se encuentra que la fórmula que decide aplicar la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares para determinar el monto de la asignación de retiro, es la siguiente:

Sueldo básico \$ 862.000

Prima de antigüedad 38.50% \$ 332.024

Subtotal \$1.194.424

Porcentaje liquidación 70%

Asignación de retiro \$ 836.096

5. Como se observa, la fórmula aplicada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por el contrario, decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar, se toma el 38.5% sobre éste rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico, y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio a mi representado.

6. Al aplicar en forma indebida la norma citada, se genera una diferencia a favor de mi representado de noventa y nueve mil quinientos treinta y cinco pesos (\$99.535) mensuales para el año 2014, lo que constituye una diferencia importante dada la cuantía de la asignación de retiro, que actualmente está devengando.

Con todo, se advierte que con la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento, se allegó al plenario la Certificación 380 del 9 de junio del 2015, en la que Cremil hizo constar que las partidas computables y su respectiva liquidación en la asignación de retiro del señor infante de Marina Profesional (R.A) de la Armada Nacional, Orlando Antonio Herrera Simarra, eran las siguientes:

Sueldo \$ 902.090

Prima de antigüedad 38.5% \$ 347.304

Subtotal \$1.249.395

Porcentaje de liquidación 70%

Asignación de retiro \$ 874.576

Al realizarse el estudio de los cómputos referidos, es claro que la operación obtenida por la entidad es la que de manera insistente procedió a explicar la parte actora, esto es, que se hace un doble porcentaje a la prima de antigüedad, primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%.

Al ser utilizada al caso la fórmula de liquidación señalada por la sentencia de unificación, esto es,  $(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$ , y tomando como referente entonces la Certificación 380 del 9 de junio del 2015, se obtiene un resultado completamente diferente.

Sueldo básico 100% \$902.090

Porcentaje de liquidación 70% \$631.463

Sueldo básico 100% \$902.090

Prima de antigüedad 38.5% \$347.304

Asignación de retiro \$978.767

Quiere decir lo anterior, que el Tribunal no realizó un juicio valorativo de la Certificación 380 del 9 de junio del 2015, aportada como prueba al plenario, a partir de la cual se le imponía realizar una operación matemática sencilla, de acuerdo con la fórmula de

*liquidación prevista por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial.*

*El Tribunal omitió realizar el estudio de la prueba, al no efectuar la confrontación de la fórmula de liquidación utilizada por Cremil con la prevista en la sentencia de unificación, por lo que es evidente que en el caso se incurrió en un defecto fáctico por omisión en la valoración probatoria y por tanto, la consecuente vulneración del derecho fundamental al debido proceso del demandante.*

#### *Conclusión*

*Con los anteriores argumentos la Sala concluye que en el caso se configura la existencia de un defecto fáctico, por lo que concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia, dejará sin efectos parciales la sentencia enjuiciada, en lo que tiene que ver con la liquidación de la asignación de retiro y se le ordenará proferir una nueva decisión en la que se acojan los parámetros señalados en esta providencia."*

## **I.- PRONUNCIAMIENTO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero (01) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual se negaron parcialmente las pretensiones.

## **II.- ANTECEDENTES**

### **2.1. DEMANDA.**

#### **2.1.1. PRETENSIONES (FL. 1)**

El actor pretende que se declare la nulidad del oficio 0025092 del 23 de abril de 2015 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y del oficio No. 0027606 por medio de la cual dan respuesta negativa a las peticiones radicadas ante esta entidad bajo los radicados No. 51727844 el 17 de abril de 2015.

A su vez solicita que se inaplique por inconstitucional el párrafo del artículo 13 de Decreto 4433 del 2004 por violentar el principio a la igualdad.

De la misma manera pide que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro del señor Orlando Herrera Simarra, incluyendo todos los factores salariales devengados, tales como, el subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima

de servicio anual y demás emolumentos adquiridos desde la fecha de reconocimiento hasta la fecha de la asignación en nómina.

Por consiguiente, reclama el reconocimiento de la liquidación y pago de las diferencias generadas y no pagadas sobre las mesadas de retiro originadas por el nuevo valor de asignación de retiro debidamente indexadas con los respectivos intereses moratorios.

En el mismo sentido aduce que para efectos de la liquidación no se tuvo en cuenta el salario establecido en el inciso 1° del Decreto 1794 del 2000, es decir el salario incrementado al 60 % y no en un 40%.

### **2.1.2. HECHOS. (fls. 1-2)**

Relata el actor en síntesis los siguientes:

Que el señor Orlando Herrera Simarra, ingresó a las Fuerzas Armadas en calidad de soldado regular en el año 1991 posteriormente en el año 1993 paso a ser soldado voluntario y finalmente en el año 2003, paso a ser infante de marina profesional.

Por cumplir con los requisitos establecidos al señor Orlando Herrera Simarra a través de resolución No. 3279 del 28 de junio de 2013 se le reconoció asignación de retiro.

Manifiesta el actor que, en la liquidación de retiro efectuada, se aplicó indebidamente lo establecido en el art. 16 del decreto 4433 del 2004, debido en que se incurrió en un grave error en el cálculo efectuado en la prima de antigüedad, además al momento de la liquidación no se tuvo en cuenta todos los factores salariales a los que tiene derecho y en el mismo sentido no se le dio aplicación al artículo 1 del Decreto 1794 del 2000.

Basado en lo anterior el 10 de septiembre de 2013 el señor Orlando Herrera Simarra presento petición ante la entidad accionada bajo el radicado No.51727844, en la cual solicita la reliquidación de la asignación salarial con inclusión de todos los factores salariales y la correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Mediante los oficios No. 25092 del 23 de abril de 2015 y oficio No. 270606 del 4 de mayo de 2015 CREMIL da respuesta desfavorable a la solicitud realizada por el accionante.

### **2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (28 reverso)**

La parte actora fundamenta sus pretensiones en los siguientes artículos:

- Constitución política: Artículos 13,25,29,53 y 58.
- Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011: Artículos 138 y 159 a 195 de este régimen)
- Ley 4° de 1992: Artículo 10
- Decreto 1793 de 2000
- Decreto 1794 de 2000
- Decreto 4433 de 2004

### **2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 56-61)**

En la oportunidad concedida para tal efecto, la demanda CREMIL, contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte accionante manifestando que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.

### **2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Primero (01) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida en audiencia inicial, declaro la nulidad parcial de las pretensiones argumentando que en cuanto al incremento del 20% que alega el demandante CREMIL no es la entidad idónea para realizar este reajuste toda vez que es el Ministerio de Defensa quien expide la Hoja de servicio en la cual se encuentra establecido la asignación básica que el señor Orlando Herrera Simarra devengaba en actividad.

Con referencia a la inclusión del subsidio familiar el A quo concede que sea computable en la asignación de retiro el subsidio familiar argumentando que no existe justificación razonable para el trato diferencial entre los Oficiales, Suboficiales y los Soldados Profesionales, aduce que esta diferenciación no es la finalidad y orientación de esta prestación.

A su vez concede la pretensión del reajuste de la reliquidación por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aduciendo que la interpretación del artículo realizada por la entidad demanda se aparta de la aplicación correcta de dicho artículo, teniendo como consecuencia que la prima de antigüedad resulta afectada por un doble porcentaje viéndose afectado el demandante.

## 2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

2.4.1. Inconforme con la decisión, la parte demandada por intermedio de su apoderado apela la decisión de primer grado (fls. 195-198) solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia en los numerales segundo, tercero y cuarto con fundamento en que la entidad aplicó la normatividad vigente al momento de los hechos, ajustándose estrictamente a lo señalado en el reglamento.

2.4.2. la parte demandante solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera Instancia, en cuanto se negó el reajuste del 20% de la asignación de retiro que devenga el actor con fundamento en lo normado en el inciso 2 del art. 1 del Decreto 1794 de 2000, para que en su lugar se despachen favorablemente todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que alega que tiene derecho.

## 2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 31 de octubre de 2016 por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Doctor José Fernández Osorio quien fungía como Magistrado del Despacho 001, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 25 de noviembre de 2016.

Posteriormente mediante auto de 26 de octubre de 2016 el Doctor Roberto Mario Chavarro Colpas actual Magistrado del Despacho 001 admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Mediante providencia calendada 18 de octubre de 2017 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Las partes presentaron sus alegaciones.

## 2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. Parte demandante (fls.217-222).

2.6.2. Parte demandada (Fls.223-226)

## **2.7. MINISTERIO PÚBLICO.**

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-**

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2016, por el Juzgado Primero (01) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena.

#### **Competencia.**

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

#### **MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se

cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

## **PROBLEMA JURÍDICO.**

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, corresponde a esta Sala establecer si le asiste o no derecho al señor Orlando Herrera Simarra, a que le sea reliquidada la asignación de retiro que le fue reconocida mediante resolución N° 3279 de 28 de junio de 2013, con la inclusión de todos factores salariales y con el incremento del 60% del salario básico.

## **TESIS DE LA SALA.**

La Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, para negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable y ordenará a CREMIL por tener legitimación en la causa reliquidar la asignación de retiro con el incrementó del sesenta por ciento (60%), en los términos del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 párrafo segundo.

## **MARCO NORMATIVO DE LA ASIGNACION DE RETIRO**

El Honorable Consejo de Estado sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-015-19 con referencia a la asignación de retiro ha establecido lo siguiente:

### **SUBSIDIO FAMILIAR - Partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales:**

“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% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 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.”

De lo anterior se puede concluir que según lo dispuesto en el Decreto 1162 de 2014 solo tendrán derecho a que les sea computable esta partida en la liquidación de asignación de retiro el subsidio familiar a los soldados profesionales que se retiraron en julio del año 2014 y estuvieran devengando dicho subsidio.

### **DE RETIRO DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS QUE SE INCORPORARON COMO PROFESIONALES - Asignación básica para la liquidación**

“La asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2. del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, 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, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. [...] La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31

de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%."

En lo que concierne a la establecido en el artículo 1 del Decreto 1794 del 2000 en cual se establece que antes del 31 de diciembre del año 2000, quienes prestaban sus servicios como soldados voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales; Tienen el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado al 60% y no al 40%.

### **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - Legitimación para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60 por ciento de la asignación básica mensual**

"CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación. Conviene aclarar además que el hecho de que la citada 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 servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador. [...] 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."

La posibilidad de obtener un reajuste de la asignación de retiro no puede depender de la modificación de la asignación salarial de lo contrario implicaría que, si prescribe el derecho a solicitar el reajuste salarial lo cual supone la negativa de tal pretensión y, en consecuencia, de la modificación del ingreso base de liquidación, el ex servidor estaría impedido para pretender la reliquidación de su asignación de retiro, derecho que, por el contrario, tiene el carácter de imprescriptible y que por demás, tiene la connotación de

mínimo e irrenunciable por ser componente del derecho fundamental a la seguridad social.<sup>1</sup>

### **LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004**

“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. [...] 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. [...] 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 [...] 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%.”

Es preciso resaltar que para la correcta interpretación y aplicación del artículo 16 de Decreto 4433 de 2004 se debe tener en cuenta para este cálculo el salario básico mensual, 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%.

### **CASO CONCRETO**

En el caso sub judice se encuentra probado que el Señor Orlando Antonio Herrera Simarra ingresó a la Armada Nacional como soldado regular desde septiembre 01 de 1991 hasta enero 30 de 1993 posteriormente pasó a soldado voluntario desde octubre 01 de 1993 hasta septiembre 13 de 2003 y finalmente a soldado profesional desde septiembre 14 de 2003, hasta enero 10 de 2013 (Fl.21)

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, Radicación: 66001233100020110011701 (0798-2013), actor: Oliverio Aguirre Orozco.

Así mismo, se encuentra probado que a través de Resolución 3279 de 28 de junio de 2013 se le ordena al señor Orlando Antonio Herrera Simarra el reconocimiento y pago de la asignación de retiro (Fls. 2-3).

Como consecuencia de lo anterior el demandante procede a interponer una petición con fecha de 10 de septiembre de 2015 ante la entidad solicitando que se le aplique correctamente la fórmula establecida en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, así como la inclusión de los demás factores salariales. (Fls. 18-19).

Mediante oficio número 0025092 con fecha de 23 de abril de 2015 la entidad accionada da respuesta desfavorable ante las solicitudes realizadas por el señor Orlando Herrera Simarra.

Así mismo, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación con fecha de 27 de abril de 2015 por lo anterior la entidad accionada emite respuesta desfavorable bajo el oficio No. 027606 con fecha de 04 de mayo de 2015.

De acuerdo a las consideraciones anteriores y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala entra a resolver el problema jurídico referente si le asiste o no derecho al señor Orlando Antonio Herrera Simarra, a que le sea reliquidada la asignación de retiro que le fue reconocida mediante resolución N° 3279 de 28 de junio de 2013, con la inclusión de todos factores salariales con el incremento del 60%.

### **Reliquidación de la asignación de retiro:**

El Decreto 4433 de 2004, establece la asignación de retiro para soldados profesionales, como es el sub judge, el cual en sus arts. 13 y 16, 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:

(...) 13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000 “ARTICULO 1. ASIGNACION 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%)”.*

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”

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 puntos 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.”

Con base en la norma antes citada el señor ORLANDO HERRERA SIMARRA, por ser soldado profesional tendría derecho al reconocimiento del 70% del salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, pero en el caso sub examine, el actor para el 31 de diciembre del año 2000, se encontraba prestando el servicio como soldado voluntario, siendo aplicable el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, el cual prevé:

“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%)”.

En ese entendido y al estar expresado en la norma que a los soldados que se encuentren como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 – ley 131 de 1985, Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario – devengarán una asignación de retiro equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De manera seguida el actor aduce que hay una indebida aplicación de la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 por lo cual la Sala procede a analizar lo siguiente:

### **Forma de liquidar la asignación de retiro.**



El art 16 del decreto 4433, establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

El numeral 13.2.1, nos remite al inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, el cual dispone:

“ARTICULO 1. ASIGNACION 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%)”. (negrillas de la Sala)

Como ya se definió anteriormente en el caso sub examine es aplicable el inicio segundo del citado art. Esto quiere decir que se le debe pagar un 70% de un salario mínimo incrementado en un 60%.

Revisado La proyección de asignación de retiro (Fl.22) realizada por CREMIL, el despacho nota una errada liquidación debido a que el sueldo básico tomado fue el salario mínimo incrementado en un 40% y no en un 60%, además para calcular la asignación, sumo el sueldo a la prima de antigüedad y ha esta se le aplico el 70% para calcular la asignación de retiro, la cual claramente se denota un error en la aplicación de la formula.

Lo anterior debido a que la proyección realizada por CREMIL, fue errada, por lo siguiente:

Sueldo \$ 902.090  
Prima de antigüedad 38.5% \$ 347.304  
Subtotal \$1.249.395  
Porcentaje de liquidación 70%  
Asignación de retiro \$ 874.576

La norma es clara en disponer que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, ósea un salario mínimo incrementado en el 40%

en este caso 60%; esto indica que al salario mínimo se le debe incrementar el 60% y a sacarle al 70%, a este valor incrementar el 38.5% de prima de antigüedad, la cual arroja la asignación de retiro del actor, así las cosas, la Sala está de acuerdo en los argumentos expuestos por el A-quo, en el sentido de aplicar correctamente la fórmula descrita en la norma ibídem, en lo relativo al incremento del 38.5% de la prima de antigüedad.

La forma correcta de la liquidación es la siguiente:

Sueldo básico 100% - \$902.090  
Porcentaje de liquidación 70% - \$631.463  
Sueldo básico 100% - \$902.090  
Prima de antigüedad 38.5% - \$347.304  
Asignación de retiro \$978.767

Así las cosas, a de confirmarse la sentencia de primera instancia en lo relativo a la aplicación de la fórmula descrita en la el art 16 del decreto 4433.

### **Factores salariales para la liquidación de la asignación de retiro.**

Ahora bien, en relación acreencias laborales computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004 dispone lo siguiente:

*“(...) Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.*

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que, al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía (...).”

No obstante, lo anterior, la misma norma, más adelante en el artículo 13, estableció las partidas computables para la asignación de retiro, así:

*“(...) 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:*

*(...) 13.2 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. (...). (negritas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, si bien es cierto que el subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual, son un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

Simultáneamente en el Decreto 1162 de 2014 en su artículo 1° establece, en síntesis, que solo a partir de julio de 2014 los soldados que se retiren y estén devengando subsidio familiar tienen derecho a que se le tome en cuenta en el cómputo de la liquidación de la asignación de retiro, en el caso de marras no aplica dicha disposición legal puesto que el señor Orlando Herrera Simarra se retiró en el 2013 por lo tanto no se encuentra cobijado en este decreto.

Con respecto al trato desigual que alega el accionante el consejo de estado se ha pronunciado al respecto diciendo que no se puede hablar de un trato desigual puesto que esta situación está sujeta a un principio formal de la libertad de configuración del legislador en este caso el ejecutivo quien tiene la potestad de regular la materia por lo tanto no se puede hablar de que existe una violación al derecho de igualdad.

Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.<sup>2</sup>

Aunado todo lo anterior se concluye que el actor no tendría derecho a que se le reliquide la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar, solamente

<sup>2</sup>T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

tiene derecho a que se le compute la asignación de retiro con el salario mensual y la prima de antigüedad

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocara parcialmente la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 01 administrativo de Cartagena, en el sentido de que le sea reliquidada la asignación de retiro del actor incluyendo el incremento del 60% del salario básico y a su vez se le reliquide la asignación salarial aplicando la correcta fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

### **Prescripción.**

En el caso en concreto observamos que la petición en sede administrativa fue formulada por el demandante el 17 de abril de 2015, la cual dio origen al acto administrativo contenido en el Oficio No. 0025092 del 23 de abril de 2015, a su vez fue presentado recurso de reposición y en subsidio de apelación con fecha de 27 de abril de 2015 el cual fue resuelto mediante oficio No. 0027606 de 04 de mayo de 2015.

Conforme a lo anterior el término de prescripción de cuatro años consagrado en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, régimen aplicable a la demandante, debe contarse a partir del 28 de junio de 2013, fecha en la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor infante de marina profesional (r) de la armada ORLANDO ANTONIO HERRERA SIMARRA, en virtud de que la petición fue presentada en fecha 10 de septiembre de 2013, y como consecuencia de ello, contando cuatro años hacia a tras no habría lugar a declarar prescripción, debido a que se encuentra dentro del término.

### **Costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En el presente no se condenará en costas, en razón de que la demandada no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad y porque las pretensiones del actor no fueron concedidas en su totalidad.

## **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

### **IV. FALLA:**

**PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO** a la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020) proferida por la Sección Segunda, Sección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, siendo Consejero Ponente el Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del expediente de Tutela No 11001-03-15-000-2020-01376.

**SEGUNDO: REVÓCASE** el numeral **PRIMERO**, en cuanto declaró la falta de legitimación en la causa por activa de CREMIL respecto de la pretensión encaminada al incremento de la asignación básica que se tuvo en cuenta como partida computable para la asignación de retiro y parcialmente el **TERCERO**, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable, de la sentencia proferida por el Juzgado Primero (01) Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo antes expuesto.

**TERCERO:** Condénase a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro con el incrementó del sesenta por ciento (60%), en los términos del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, párrafo segundo.

**CUARTO:** Confirmase en lo demás de la sentencia apelada.

**CINCO:** Sin condena en costas en esta instancia

**SEXTO:** Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO: DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS,**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
**(Ponente)**

-AUSENTE CON PERMISO-  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**