

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2016-00190-01
Demandante	BERNEL PEREZ ARRIETA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1 Pretensiones.

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“DECLARACIONES

- 1. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo expreso contenido en la Resolución No. 7488 del 08 de septiembre del 2015, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una asignación de retiro a favor del soldado profesional BERNEL PEREZ ARRIETA.*
- 2. Se inaplique por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 y el Decreto 1162 del 24 de junio del 2014, por violar el principio constitucional a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 del 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 Soldado retirado PEREZ ARRIETA, BERNEL 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 ibidem, 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 en la Asignación de Retiro de la cual es titular mi poderdante Soldado retirado PEREZ ARRIETA, BERNEL 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 compensaciones 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 las mesadas de retiro, desde la fecha en que se efectuó el 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)"

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

-Manifiesta el accionante que ingresó a las Fuerzas Armadas como soldado regular en el año 1991, en el año 1993 pasó a ser soldado voluntario y en el año 2003 pasó a ser infante de marina profesional.

-Indica que mediante Resolución No. 7488 del 08 de septiembre de 2015, le fue reconocida la asignación de retiro.

2. Sentencia apelada¹.

Mediante sentencia de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

En primer lugar, consideró el Juez de primera instancia que hay una falta de legitimación de la entidad demandada en cuanto a la pretensión del accionante encaminada a que se reliquide su asignación de retiro para efectos de modificar su asignación básica, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Respecto a la inclusión del 100% del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, manifiesta el A quo que hay un tratamiento diferente entre dos sectores de la Fuerza Pública, privilegiando a los Oficiales y Suboficiales frente a los Soldados Profesionales, en la medida en que a los primeros se les reconoce el 100% del valor devengado por esta partida en actividad, en tanto que a los segundos se les reconoce el 30%.

Considera el Juez de primera instancia, que tal diferenciación no resulta justificada, toda vez que se otorga un tratamiento desfavorable al segmento de la Fuerza Pública que más requiere de este emolumento, como quiera que devengan un salario inferior.

Aunado a lo anterior, arguye que la forma en la que se reconoció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales en el Decreto 1162 de 2014, no logra la compensación entre los sueldos bajos y altos, que es uno de los fines perseguidos por esta prestación.

Siendo así las cosas, indica el A quo que no resulta válida la distinción establecida en el artículo 1 del decreto 1162 de 2014 y que la misma configura una vulneración del derecho a la igualdad.

En lo referente a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y demás emolumentos devengados en actividad como partidas computables para la asignación de retiro, argumentó que esto no es procedente.

¹ Folios 109-122.

Por ultimo hizo referencia a la indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, manifestando que los soldados profesionales tienen derecho a una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mínimo incrementado en un 60% o 40% según el caso, y que tal asignación debe adicionarse con la prima de antigüedad, que equivale a un 38.5% la cual se liquida también a partir del salario básico.

Señala el A quo, que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 descarta la posibilidad de que la prima de antigüedad resulte afectada con un doble porcentaje (70% y 38.5%); por el contrario, la norma lo que contempla es una adición de términos porcentuales, es decir que al 70% que se reconoce por concepto de salario debe adicionársele el 38.5% a título de la prima de antigüedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó el Despacho que la forma en que la parte demandada liquidó la prima de antigüedad conlleva a la afectación de esta partida con un doble porcentaje; es decir conforme a la certificación que obra a folio 95 del expediente, se tiene que la demandada para efectos de liquidar la prima de antigüedad tomó el 70% del sueldo básico y al resultado obtenido le aplicó el 38.5%, apartándose de una interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Siendo así las cosas, la demandada debió reconocer por concepto de prima de antigüedad el 38.5 sobre el 100% del sueldo básico.

El Juez de primera instancia dispuso en la parte resolutive lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar probada, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión encaminada al incremento de la asignación básica que se tuvo en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- Declarar no probada, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las restantes pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Declarar la nulidad de la resolución No. 7488 del 08 de septiembre de 2015, en cuanto a la inclusión del 30% del subsidio familiar devengado en actividad, como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro y a la forma como se liquidó la prima de antigüedad.

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración anterior, ORDENASE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reliquidar la asignación de retiro del señor BERNEL PEREZ ARRIETA para efectos de los siguientes efectos:



- Incluir como partida computable, el 100% del subsidio familiar devengado en actividad.
- Modificar la forma como se liquidó la prima de antigüedad, como partida computable de la asignación de retiro, aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar al señor BENEL PEREZ ARRIETA, las diferencias resultantes con ocasión de la reliquidación ordenada en el numeral anterior a partir del 28 de octubre de 2015.

Las sumas a pagar según lo determinado en el numeral anterior deberán ser reajustadas utilizando la siguiente formula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente ® se determina multiplicando al valor histórico (Rh), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria, por el índice inicial, teniendo por tal el vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes.

De la suma a pagar la entidad demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- No condenar en costas a la entidad demandada.

OCTAVO.- Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría remítanse los oficios para su cumplimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA solicitando a la entidad demandada aportar la prueba de su cumplimiento.

DECIMO.- Vencido el término previsto en el artículo 298 del CPACA si no se hubiese allegado prueba del cumplimiento de la sentencia el expediente deberá pasar al despacho para que se efectué el requerimiento judicial respectivo. "

4. Recurso de apelación².

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque parcialmente y

² Folios 124-127.

en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, arguyendo en síntesis lo siguiente:

Indica el recurrente que mediante Decreto 1162 del 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de la marina de las Fuerzas Militares, bajo los siguientes términos:

"Artículo 1. 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 (...)"

Señala la accionada que la anterior disposición fue plenamente cumplida lo cual se evidencia en la Resolución mediante el cual se reconoce la asignación de retiro; igualmente manifiesta que se consagró de forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, entre los cuales se destacan: 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% y subsidio familiar en un 30% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

En cuanto a la prima de antigüedad, hace referencia al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que consagra:

(...) 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"

Manifiesta la parte demandada, que la norma es suficientemente clara, por lo cual la asignación de retiro del demandante debía pagarse así: 70%=(Sueldo Básico + 38.50% de prima de antigüedad)

5. Trámite procesal de segunda instancia³:

³ Folios 5 y 9, cuaderno principal de segunda instancia

Mediante auto de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, por medio de auto de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

IV.- CONSIDERACIONES

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.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme la impugnación, el problema jurídico se centra en determinar lo siguiente:

- a. *¿CREMIL aplicó debidamente el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del demandante?*
- b. *¿Debe incluirse dentro de la asignación de retiro del demandante, el subsidio familiar en un 100% devengado en actividad como partida computable?*

3. TESIS

La Sala dando aplicación a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado, advierte que: i. CREMIL aplicó indebidamente el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de su asignación de retiro, el cual debe efectuarse exclusivamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%, y no sobre la prima de antigüedad, como lo decidió el A quo, lo que se confirmará.

Sin embargo, en lo que atañe a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de su asignación de retiro, se revocará la sentencia apelada, en tanto el actor causó su derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, y en consecuencia el subsidio familiar es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro en un 30% como lo realizó CREMIL en el acto administrativo demandado tal como lo establece la norma, y no en un 100% como lo ordena el A quo.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de dos mil 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, estableció reglas jurisprudenciales en cuanto al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de dicha asignación, reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, la legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, su forma de liquidación, y la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; concluyendo al respecto lo siguiente:

“10. Reglas de unificación

253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

- 1. En virtud de la correspondencia que debe existir, 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 ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. *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.*
- 1.2. *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.*
2. *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%⁴ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁵ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*
3. *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.*
4. *A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:*
 - 4.1. *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%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
 - 4.2. *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%.*

⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁵ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

5. *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.*
6. *Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada 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; de la siguiente manera:*

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

7. *No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*
8. *Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción."*

Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir del 14 de julio de 2014, conforme al Decreto 1162 de 2014 se les incluirá el subsidio familiar de la siguiente forma:

"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."*

Con fundamento en el criterio jurisprudencial unificado, procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- Obra en el expediente Resolución No. 7488 del 08 de septiembre de 2015, mediante el cual CREMIL ordenó el reconcomiendo y pago de la asignación de retiro a favor del señor Infante de Marina Profesional de la Armada Bernel Pérez Arrieta. (fls. 12-14)

-Obra en el expediente hoja de servicios No. 4-73572585 proferido en fecha de 10 de agosto de 2015, en el que consta el tiempo de servicios prestados por el accionante, las partidas computables en la asignación de retiro. (fl. 56)

-Obra en el expediente Memorando No. 341-515 proferido por CREMIL, mediante el cual consta liquidación de la asignación de retiro del señor Bernel Perez Arrieta, conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su retiro (fl. 95)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub judice, pretende el accionante se declare la nulidad parcial del acto administrativo expreso contenido en la Resolución No. 7488 del 08 de septiembre del 2015, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una asignación de retiro a favor del soldado profesional BERNEL PEREZ ARRIETA; igualmente pretende se inaplique por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 y el Decreto 1162 del 24 de junio del 2014, por violar el principio constitucional a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 del 2004.

A título y restablecimiento del derecho solicita se ordene a la accionada, reliquide su asignación de retiro 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 ibidem, y lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 del 2000 e incluya 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 compensaciones devengados por mi mandante, los cuales no fueron tenidos en cuenta para tal efecto.

A su turno, el Juez de primera instancia, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente: En primer lugar, consideró que hay una falta de legitimación de la entidad demandada en cuanto a la pretensión del accionante encaminada a que se reliquide su asignación de retiro para efectos de modificar su asignación básica, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Respecto a la inclusión del 100% del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, manifiesta el A quo que hay un tratamiento diferente entre dos sectores de la Fuerza Pública, privilegiando a los Oficiales y Suboficiales frente a los Soldados Profesionales, en la medida en que a los primeros se les reconoce el 100% del valor devengado por esta partida en actividad, en tanto que a los segundos se les reconoce el 30%. Considera, que tal diferenciación no resulta justificada, toda vez que se otorga un tratamiento desfavorable al segmento de la Fuerza Pública que más requiere de este emolumento, como quiera que devengan un salario inferior.

Aunado a lo anterior, arguye que la forma en la que se reconoció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales en el Decreto 1162 de 2014, no logra la compensación entre los sueldos bajos y altos, que es uno de los fines perseguidos por esta prestación. Siendo así las cosas, indica el A quo que no resulta válida la distinción establecida en el artículo 1 del decreto 1162 de 2014 y que la misma configura una vulneración del derecho a la igualdad.

En lo referente a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y demás emolumentos devengados en actividad como partidas computables para la asignación de retiro, argumentó que esto no es procedente.

Por ultimo hizo referencia a la indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, manifestando que los soldados profesionales tienen derecho a una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mínimo incrementado en un 60% o 40% según el caso, y que tal asignación debe adicionarse con la prima de antigüedad, que equivale a un 38.5% la cual se liquida también a partir del salario básico.

Señala el A quo, que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 descarta la posibilidad de que la prima de antigüedad resulte afectada con un doble porcentaje (70% y 38.5%); por el contrario, la norma lo que contempla es una adición de términos porcentuales, es decir que al 70% que se reconoce por concepto de salario debe adicionársele el 38.5% a título de la prima de antigüedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó el Despacho que la forma en que la parte demandada liquidó la prima de antigüedad conlleva a la afectación

de esta partida con un doble porcentaje; es decir conforme a la certificación que obra a folio 95 del expediente, se tiene que la demandada para efectos de liquidar la prima de antigüedad tomó el 70% del sueldo básico y al resultado obtenido le aplicó el 38.5%, apartándose de una interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Siendo así las cosas, la demandada debió reconocer por concepto de prima de antigüedad el 38.5 sobre el 100% del sueldo básico.

Por otro lado, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando que se revoque parcialmente y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, arguyendo en síntesis lo siguiente:

Indica el recurrente que mediante Decreto 1162 del 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de la marina de las Fuerzas Militares, bajo los siguientes términos:

“Artículo 1. 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 (...).”

Señala la accionada que la anterior disposición fue plenamente cumplida lo cual se evidencia en la Resolución mediante el cual se reconoce la asignación de retiro; igualmente manifiesta que se consagró de forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, entre los cuales se destacan: 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% y subsidio familiar en un 30% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

En cuanto a la prima de antigüedad, hace referencia al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que consagra:

(...) 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"

Manifiesta la parte demandada, que la norma es suficientemente clara, por lo cual la asignación de retiro del demandante debía pagarse así: $70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de prima de antigüedad})$.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la apelación.

En primer lugar, observa esta Magistratura que para el 31 de diciembre de 2000 el actor se encontraba vinculado a las Fuerzas Armadas como soldado voluntario, e igualmente que desde el 14 de agosto de 2003 se incorporó como infante de marina (soldado profesional), categoría militar en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio; por lo anterior, el demandante se encuentra dentro de la hipótesis conforme a la cual la asignación a la que tenían derecho en servicio activo es un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, el demandante causó su derecho con posterioridad al mes de julio de 2014, razón por la cual tiene derecho a que se le incluya el subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% conforme al Decreto 1162 de 2014, cuya liquidación fue realizada por la accionada en el acto administrativo que reconoció la asignación de retiro; por lo cual hay lugar a revocar la decisión del *A quo*, que ordenó a CREMIL reliquidar la asignación de retiro del demandante con inclusión del subsidio familiar en un 100% como partida computable.

Respecto a las partidas sobre las cuáles debe aplicarse el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe efectuarse solo sobre la asignación salarial mensual del demandante; sin embargo, en el sub judice CREMIL aplicó indebidamente el aludido porcentaje, como quiera que lo hizo sobre la sumatoria obtenida de la asignación básica mensual y la prima de antigüedad, como se relacionó en los hechos probados, generando un detrimento en el monto final de la asignación del actor, y desconociendo el sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 fijado en la

jurisprudencia de unificación, tal como lo consideró el juez de primera instancia.

Así las cosas, a juicio de esta Magistratura, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto, por un lado ordenó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en un 100% de lo devengado en actividad, en consecuencia se negará dicha pretensión. Por otro lado, se confirmará lo referente a la liquidación de la prima de antigüedad como partida computable, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 del 2004.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena; en lo relativo a la inclusión del 100% del subsidio familiar devengado en actividad por el actor; y en su lugar **NEGAR** dicha pretensión; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

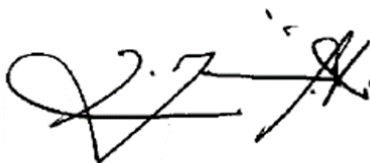
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin CONDENA en costas; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

DIGNA MARIA GUERRA PICON
Ausente con permiso



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ