

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
	Magistrado ponente: Enrique Dussán Cabrera
Neiva	Dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.	
Demandante	Jhon Guilder Peña Correa	
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL.	
Radicación	41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018-0017
Asunto	SENTENCIA	Número: S-070
Acta de Sala N°	031	De la fecha.

1. ANTECEDENTES.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, y el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del 17 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva.

2. LA DEMANDA.

2.1. Las pretensiones

El señor Jhon Guilder Peña Correa, por medio de apoderada, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos No. 10700 del 22 de febrero de 2016 en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro, y No. 15876 del 16 de marzo de 2016 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

A título de restablecimiento solicita se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL- al reconocimiento y pago del reajuste de asignación de retiro correspondiente al 60% a que tiene derecho, a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, a que se realice correctamente el cálculo de la asignación de retiro por cuanto al hacer la liquidación de la asignación de retiro tomaron equivocadamente los factores y porcentajes afectando la prima de antigüedad; que se disponga el pago del reajuste del retroactivo de la asignación de retiro desde la fecha de reconocimiento y hasta su inclusión en nómina de pagos; que se ordene el pago de la indexación sobre todos los valores que se le adeudan, como también los intereses de mora sobre los valores que se le adeudan.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 2 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna 2018 0017	

2.2. Los Hechos

Afirma que ingresó al Ejército Nacional el 16 de septiembre de 1996, siendo aceptado como soldado voluntario y que para el mes de diciembre de 2000 ostentaba esta condición.

Expone que por decisión del Ejército Nacional, él, al igual que todos los soldados que venían desempajándose como voluntarios fueron denominados soldados profesionales por lo que su vinculación con el Ejército Nacional, quedó regida bajo los parámetros establecidos en los decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Expone que prestó sus servicios al Ejército por más de 20 años lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual fue reconocida mediante resolución No. 4705 del 3 de junio de 2015.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera que se infringieron las siguientes: Constitución Política: artículos 13, 25, 29, 53, y 58. Código Contencioso Administrativo: artículos 138 y 159 a 195. Ley 4 de 1992: artículo 10. Decreto 1793 de 2000. Decreto 1794 de 2000. Decreto 4433 de 2004.

Considera que CREMIL efectuó una liquidación equivocada en detrimento de sus derechos, pues decide tomar el 100% del salario básico y a esta suma le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad luego le obtiene el 70%, en lugar de aplicar la fórmula como se indica en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, liquidación que resulta desfavorable.

Afirma que la citada norma señala que para determinar el monto de la asignación de retiro se debe tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.05% de la prima de antigüedad, no obstante se realizó una liquidación contraria.

Expone que luego de desempeñarse como soldado voluntario, fue designado como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003, por lo que su situación se enmarca en lo contemplado en el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, por lo que se le debió liquidar la asignación de retiro con base en el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, por lo que es ilegal que se le liquide con un salario inferior.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 3 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna:	2018 0017

Señala que se vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como para el personal civil del mismo Ministerio se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de su asignación de retiro el subsidio familiar salvo para los soldados profesionales; de tal suerte que se debe inaplicar por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 pues resulta inconstitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fs. 54 a 59).

La apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Expone que acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, es decir, con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, y que frente a los demás hechos se opone.

Propone las excepciones de:

I) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. Como son: decretos 3071 de 1968, decreto 2337 de 1971, decreto 612 de 1977, decreto 089 de 1984, decreto 1211 de 1990 y decreto 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el decreto ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el decreto ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial que priman sobre las generales.

II) Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste solicitado 40 – 60 %. Manifiesta que aunque la posición actual del Consejo de Estado es que a los señores soldados profesionales e Infantes de Marina debe incrementárseles el Salario Mínimo en un 60%, también lo es que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares, debido a que la reclamación del reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y consiguientemente ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 4 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

III) Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro. Sostiene que siguiendo la secuencia y uniformidad de la norma debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

IV) Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro. Indica que al militar, mediante resolución No. 4705 del 3 de junio de 2015 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de conformidad con lo señalado en el decreto 1161 del 24 de junio de 2014, mediante el cual 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 a partir de julio de 2014; disposición que fue plenamente cumplida por CREMIL, por lo que no se desvirtúa la presunción de legalidad.

V) No configuración de violación al derecho a la igualdad. Expone que el principio a la igualdad se predica entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado 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.

VI) Prescripción. Sostiene que, si se aceptara algún derecho con respecto a las pretensiones del actor, no podría reconocerle por cuanto el artículo 43 del decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de la mesada en tres años contadas a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo que así se debe declarar.

VII) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Afirma que la entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA.

4.1. Parte actora (f. 108 a 109 y CD fl. 120 audiencia inicial).

La parte actora señala que se ratifica en los hechos como en las pretensiones de la demanda y solicita que al dictar fallo de fondo se accedan a todas y cada una de las pretensiones incoadas.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 5 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

4.2. Parte demandada (f. 108 a 109 y CD fl. 120 audiencia inicial).

Reitera la argumentación expuesta en la contestación de la demanda para que se denieguen las pretensiones.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (f. 108 a 109 y CD fl. 120 audiencia inicial).

El Juzgado Segundo Administrativo de Neiva en sentencia proferida en audiencia inicial el 17 de agosto de 2017, resolvió declarar no probada las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, y declarar la nulidad parcial de los oficios No. 10700 del 22 de febrero de 2016 y No. 15876 del 16 de marzo de 2016.

Señala que en el presente caso corresponde determinar si el demandante tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro aplicando lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir un 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, si tiene derecho a que se incluyan dentro de su asignación de retiro la partida de subsidio familiar devengada cuando se encontraban en servicio activo; y si le asiste legitimación por pasiva material a CREMIL para reconocer y pagar el reajuste salarial de retiro en los términos del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, es decir la asignación salarial mensual con base en el salario mínimo mensual vigente incrementada en un 60%.

Afirma que frente al reajuste estatuido en el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, es decir la asignación salarial mensual con base en el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, debe puntualizarse que aunque la posición del Consejo de Estado, es que los soldados profesionales e infantes de marina debe incrementárseles el salario mínimo en un 60%, también es cierto que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no está legitimada para resolver esta solicitud debido a que la reclamación del reajuste debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional por ser esta la entidad encargada de pagar los salarios de los empleados de la Fuerza pública, y por consiguiente es la entidad que expide la correspondiente hoja de servicios en el cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Expone que en virtud del Acuerdo 008 de 2002 CREMIL, es una entidad adscrita al Ministerio de Defensa cuyo objeto fundamental, es reconocer y pagar las asignaciones de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a la prestación; además que el decreto 1211 del 90 dispone que el

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 6 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna 2018 0017	

reconocimiento de las asignaciones de retiro se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa, y que el Consejo de Estado ha señalado que es obligación del Ministerio de Defensa la remuneración de los Miembros activos de la fuerza Pública y por tanto no le corresponde a CREMIL atender reclamaciones sobre el reajuste de la asignación de retiro (acción de tutela 29 de abril de 2015 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, rad 11001031500020150038000).

Manifiesta que si bien se tiene acreditado que esta solicitud ya fue resuelta y tramitada por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, proceso dentro del cual concurrió el Ministerio de Defensa, en consecuencia no está llamada a responder la Caja de Retiro frente a esta pretensión, de tal suerte que la solicitud de reajuste de retiro con fundamento en el artículo 1 del decreto 1794 de 2000 no es procedente dado que el Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional no fue vinculada en el presente proceso, por lo que se niega esta pretensión.

Expone que como premisa fáctica se tiene copia de la petición elevada por el señor Jhon Guilder Peña Correa, mediante la cual solicita el reajuste de la asignación de retiro de fecha 3 de febrero de 2016 (fl. 2 a 5); copia del oficio 10700 del 23 de febrero de 2016 mediante el cual se da respuesta a la solicitud (fl. 6); copia del recurso de reposición en subsidio apelación (fl. 7 a 8); copia del oficio 15876 por medio del cual la entidad resuelve el recurso (fl. 9); copia de la resolución 4705 del 3 de junio de 2015 mediante la cual, la entidad ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro (fl. 10 y 11); copia de la hoja de servicios No. 312196209 en la que se establece que el demandante laboró en el Batallón de Infantería Número Cacique Pigoanza (fl.22) certificación de las nóminas del demandante expedidas por el Ejército Nacional (fl. 23 a 24), certificación de tiempo de servicios prestados (fl.25), certificación dada por CREMIL mediante la cual se establece que al demandante le figura liquidada asignación compartida, sueldo, prima de antigüedad subsidio familiar (fl.26), copia del expediente prestacional del demandante (71 y 96).

Expone que respecto de la excepción de prescripción se tiene que no ha operado por cuanto el reconocimiento y pago de la asignación se dio a partir del 1 de julio de 2015 y la reclamación data del 3 de febrero de 2016.

Considera que la entidad al liquidar el monto de asignación del demandante no aplicó correctamente el porcentaje de la prima de antigüedad (fl. 21 y 26); es decir que aplicó el 70 % no solamente al sueldo que devengó el demandante sino también a la prima de

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 7 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

antigüedad cuando el 70% no era aplicable a esta prima, sino únicamente al salario mensual de tal manera que la prima de antigüedad que correspondiente al 38.5%, no se le debe aplicar el porcentaje adicional alguno, razón por la cual le asiste derecho al demandante en la medida en que la disposición contemplada en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 no se aplicó correctamente por lo que ordenó a la entidad demandada reliquidar la asignación de retiro aplicando correctamente el cálculo de los porcentajes establecidos en el citado artículo.

Afirma que frente al subsidio familiar, de las normas que lo regulan se establece que fue contemplado como partida computable en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, excluyéndolo como factor liquidable a los soldados profesionales, situación que pone en evidencia un trato diferenciado y violatorio del principio de igualdad, por lo que se hace palmaria la abierta contradicción entre el artículo 13 de la C.P. y la forma de liquidar la asignación de retiro entre los oficiales y suboficiales con respecto a los soldados profesionales.

Señala que la Corte Constitucional (sentencia C- 600 de 1998) ha señalado que cuando exista incompatibilidad entre la ley y la constitución se debe aplicar esa última, por lo que considera qua bajo esta premisa y ante la contradicción del derecho a la igualdad y la redacción del artículo 13 numeral 13.2 del decreto 4433 de 2004, se hace pertinente inaplicar por inconstitucional este artículo, para que en su defecto sea computado dentro de la asignación de retiro del demandante la partida correspondiente al subsidio familiar.

Argumenta que esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, M.P. Bertha Lucía Ramírez Páez, como también la sentencia del 11 de diciembre de 2014, expediente 2014 2292, entre otras.

Resuelve declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas; probada la denominada falta de legitimación en la casusa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto al reajuste del 40- 60%; inaplicar el artículo 13 del decreto 4433 de 2004 y reconocer que al actor se le incluya el subsidio familiar en la asignación de retiro, siempre que no aparezca reconocido dentro de dicha prestación; declarar que el demandante tiene derecho al reajuste de la asignación tomando en forma absoluta el valor reconocido de la prima de antigüedad, como lo regula el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, declarar la nulidad parcial de los actos administrativos 10700 del 22 de febrero de 2016 y 15876 del 16 de marzo de 2016 expedidos por la entidad demandada; ordenar a la entidad demandada reconocer y

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 8 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna: 2018 0017	

pagar al demandante la diferencia causada a partir del 1 de julio de 2015 entre la asignación de retiro percibida y el incremento reconocido y ordenado sumas indexadas, negar las demás pretensiones, y condenarla en costas.

6. RECURSO DE APELACIÓN

6.1. PARTE ACTORA. (fs. 121 A 123)

Solicita se revoque parcialmente la sentencia en cuanto resultó desfavorable al negarle el reajuste del 20% solicitado en aplicación de lo normado en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a fin de que se tenga como salario base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Expone que en demanda contra la Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, culminó con sentencia proferida el 17 de julio de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, en virtud del cual se ordenó el reconocimiento y pago del 20% a favor del demandante en aplicación de lo contemplado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, decisión que se encuentra ejecutoriada desde el 4 de noviembre de 2016, y con solicitud de pago desde el 6 de diciembre de 2016, con lo que se acredita que efectivamente el demandante devengó en actividad el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

Indica que tuvo la condición de soldado voluntario y que a diciembre 31 de 2000 se desempeñaba bajo esta condición, es decir que adquirió el derecho a devengar un smmlv incrementado en un 60%, y que no obstante a partir de la fecha en que pasó a grado de soldado profesional se disminuyó su asignación mensual en un 20%.

Advierte que si bien el actor tenía derecho a devengar en actividad un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, es esta suma la que se debe tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, pues no existe razón alguna para que se le descuente un 20% y posteriormente se le aplique el 70% establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, pues le ocasionaría un descuento del 50% de su asignación básica, lo que no tiene ningún asidero jurídico, por lo que considera que los soldados profesionales tienen derecho a que se les reajuste la asignación de retiro como lo ha establecido la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 (CE-SUJ2 85001333300220130006001).

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 9 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna:	2018 0017

6.2. PARTE DEMANDADA (fl. 136 A 137).

Argumenta que en cuanto a la liquidación de la asignación de retiro-prima de antigüedad regulada en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es clara en cuanto a que se debe pagar así:

Salario básico= SMLMV (100%)+ (incremento en un 40%)=
 Prima de antigüedad =38.5%

Y la asignación de retiro, así: 70%= (sueldo básico +38.5% de prima de antigüedad).

Por lo que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

Por lo anterior solicita se revoque el numeral tercero que declara reliquidar la asignación de retiro del demandante aplicando correctamente el cálculo de los porcentajes establecidos en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, es decir aplicando el 70% únicamente al salario mensual y no al porcentaje de la prima de antigüedad y en consecuencia los numerales cuarto y quinto, respecto de lo declarado en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada; y que de igual manera solicita se revoque el numeral séptimo en lo referente a la condena en costas.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA.

7.1. Parte actora (fs. 20 a 29).

Señala que se ratifica en todas y cada una de las pretensiones incoadas de la demanda, así como los hechos y pruebas en que se fundamentan las mismas.

7.2. Parte demandada (fl. 17 a 18)

La apoderada de la entidad presenta los alegatos en los mismo términos del recurso de apelación.

7.3. Ministerio Público (fl. 31)

No se pronunció.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 10 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

8.1. Competencia.

1. Como el proceso es de competencia de los jueces administrativos en primera instancia de conformidad con el artículo 155 # 2 del CPACA, el Tribunal es competente para conocer la segunda instancia al así preverlo el artículo 153 ibídem y como quiera que se trata de la sentencia que decide el litigio planteado, esta es apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA.

8.2. Asunto jurídico a resolver.

2. Conforme la apelación presentada por las partes y acorde a lo establecido en el artículo 328 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, se debe establecer si CREMIL aplicó debidamente el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del señor Jhon Guilder Peña Correa, estableciendo previamente la asignación mensual que se debe tener en cuenta.

3. En igual sentido corresponde establecer si hay lugar a revocar la condena en costas.

8.3. Precedente y sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019.

4. Con el fin de hacer precisiones en lo que tiene que ver con la asignación de retiro de los soldados profesionales el Consejo de Estado¹, consideró necesario unificar jurisprudencia en torno a los temas que se citan a continuación:

- I) El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro. H.
- II) Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro.
- III) La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- IV) Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo “Sección Segunda”, C.P. William Hernández Gómez, rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), demandante Julio César Benavides Borja, demandado: CREMIL, fecha 25 de abril de 2019.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 11 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

- V) Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015”.

5. Del tema puesto a consideración el Consejo de Estado fijó las siguientes reglas de unificación:

“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. (subrayado fuera de texto).
- 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% 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.
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 deba 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%.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 12 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna 2018 0017	

- 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.
- 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:

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}.$$
- 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.
- 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”.

8.4. Efectos en el tiempo de las reglas de unificación.

- Al respecto advierte el Consejo de Estado que la tesis que se plantea en la precitada sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, no implica un cambio de jurisprudencia, pues por el contrario se trata materias sobre las cuales se está sentando jurisprudencia; aunado a que con las reglas establecidas en la sentencia de unificación, no se advierte que se restrinja el acceso a la administración de justicia, por lo que no considera necesario dar efectos prospectivos al citado precedente.
- Con base en lo anterior señala que las reglas de unificación contenidas en la sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.
- Además precisa que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, son inmodificables, y que, a su vez, y dado a que la sentencia de unificación no es constitutiva de derecho, las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

8.5. Caso concreto.

- La Sala encuentra demostrado con la hoja de servicios No. 312196209 que el señor Jhon Guilder Peña Correa ingresó al Ejército Nacional el 3 de marzo de 1995 como soldado regular (fl. 22 y 25).

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 13 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna	2018 0017

10. Cumplido su servicio militar, fue vinculado como soldado voluntario a partir del 16 de septiembre de 1996, y a partir del 1 de noviembre de 2003, pasó a ser soldado profesional, rango militar que mantuvo hasta la fecha de su retiro, esto es, 1 de abril de 2015 (fl. 22 y 25).

11. Se encuentra acreditado que el señor Jhon Guilder Peña Correa prestó sus servicios al Ejército Nacional por más de 20 años, razón por la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció su asignación de retiro mediante la resolución No. 4705 del 3 de junio de 2015 (fl. 10 a 11).

12. La asignación de retiro le fue reconocida a partir del 1 de julio de 2015, con las siguientes partidas computables y porcentajes (fl. 26):

Sueldo	\$965.237.00
Prima de antigüedad (38.5 %)	\$260.131.00
Subsidio familiar	\$180.982.00
Subtotal	\$1.406.350.00
Porcentaje de liquidación (70%)	
Total, asignación de retiro	\$1.116.779.00.-

13. El señor Jhon Guilder Peña Correa a CREMIL, mediante petición del 3 de febrero de 2016 solicita el reajuste de la asignación (fl. 2 a 5 y 86 a 89).

14. Mediante oficio 10700 del 23 de febrero de 2016 la entidad le niega la solicitud (fl. 6 y vlto), por lo que interpuso el recurso de reposición en subsidio apelación (fl. 7 a 8, y 92 vlto a 93 vlto) y mediante oficio 15876 la entidad niega por improcedente el recurso presentado (fl. 9, 94 y vlto).

15. Frente a las Partidas sobre las cuáles debe aplicarse el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la regla definida por la sentencia de unificación del Consejo de Estado, 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:

$$(Salario \times 70\%) + (salario \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

16. Situación que no se predica en el presente caso, dado que CREMIL calculó la prima de antigüedad del 38.5%, sobre el 70% de la asignación salarial y no sobre el 100% de la asignación salarial

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 14 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna 2018 0017	

mensual básica (que en ese momento tuvo en cuenta), como se advierte en la liquidación ya indicada (\$960.237 X70% = 675.665,90 X 38.5% = **\$260.131**).

17. Si bien para la fecha de presentación de la demanda no se había proferido la sentencia del 17 de julio de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva y comoquiera que es un hecho ocurrido con posterioridad y la parte interesada lo ha manifestado en los alegatos, lo que no se puede desconocer (Art, 281 CGP), debe decirse que mediante la citada sentencia, la cual cobró ejecutoria el 4 de noviembre de 2016, según lo señala la misma demandante, en ella ya el Juez ordenó aplicar el aumento del 20% a la asignación mensual que devengaba el señor Jhon Guilder Peña Correa.

18. En consecuencia se violó por la entidad demandada la norma superior ya referida por lo que los actos demandados son nulos y por ende ha de confirmarse la sentencia apelada, reiterando que la reliquidación de la asignación de retiro del señor Peña Correa, deberá hacerse con base en esa asignación mensual, y en tal sentido se modificará el fallo recurrido.

19. Sobre la condena en costas, esta Sala acoge el criterio objetivo-valorativo para la imposición de las costas adoptada por la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado², precedente que es aplicable al caso, y como quiera que su reconocimiento requiere que se analice si se causaron y en la medida de comprobación, esto es con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso, sin valorar la mala fe o temeridad de las partes, corresponde realizar la condena.

20. En el presente caso se advierte que la parte actora actuó mediante apoderado judicial con quien se infiere se tiene un contrato de mandato que se presume oneroso, lo que amerita la condena en agencias en derecho, las que se fijan atendiendo los criterios regulados en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003³, esto es la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 41001-23-33-000-2016-00185-01. No. Interno: 2526-2017. Demandante: Blanca Helena Rujana Castro.

³ Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 15 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna 2018 0017	

21. Por su parte los gastos del proceso solo serán determinados al momento de su liquidación conforme lo que se encuentre comprobado en el proceso.

22. Como quiera que la controversia giró en torno a un asunto de interés particular y el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva en fallo del 17 de agosto de 2017 decidió acceder a las pretensiones de la demanda, y condenar en costas a la parte demandada, la Sala acogiendo el criterio establecido por el Consejo de Estado, antes citado, considera pertinente tal condena, por lo que se confirmará.

23. A su vez se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del CGP, y en armonía con lo consagrado en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, y como agencias en derecho de ésta instancia se fija la suma de Un (1) Salario mínimo legal mensual vigente.

9. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 17 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva adicionando el resolutivo tercero el cual queda así:

“**TERCERO: DECLARAR** que el señor JHON GUILDER PEÑA CORREA tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro tomando en forma absoluta el valor reconocido de la prima de antigüedad como lo regula el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de la providencia; reajuste que será realizado teniendo en cuenta la asignación básica a la que tenía 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%”⁴.

⁴ La que le fue reconocida según sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva el 17 de julio de 2017 con número de rad. 4100133330012015-0054100, en lo referente al incremento del 20% en la asignación mensual devengada por el demandante”.

	TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA		Página 16 de 16
	Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho		
	Demandante Jhon Guilder Peña Correa		
	Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas militares- CREMIL.		
	Radicación: 41 001 33 33 002 2016 00254 01	Rad. Interna. 2018 0017	

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante. Para tal efecto, fíjese como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, para cada una de las partes.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

Notifíquese y cúmplase.



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Magistrado



RAMIRO APONTE PINO
Magistrado



JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Magistrado