



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 28 NOV 2018

Demandante	Wilson Abelardo Sanabria Peña
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente	15001-33-33-013-2015-00228-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de segunda instancia que revoca la que negó pretensiones de reajuste de asignación de retiro del demandante

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 158 a 160) contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2018, por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 147 a 154).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 13)

A través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **WILSON ABELARDO SANABRIA PEÑA** presentó demanda en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2014-93192 del 5 de diciembre de 2014, por medio del cual, la entidad demandada negó el reajuste de la asignación de retiro del actor.

A título de restablecimiento solicitó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base, el 70% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad y que se reajuste año a año.

Así mismo que se condene a la demandada a indexar las sumas adeudadas, el pago de intereses moratorios y se condene en costas a la parte demandada.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- La entidad demandada le reconoció asignación de retiro al señor Wilson Abelardo Sanabria Peña, en cumplimiento a la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.
- Dicha asignación de retiro se encuentra liquidada con el 70% de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.
- Señaló que el demandante tenía al momento del retiro, reconocida una prima de antigüedad equivalente al 58.5% de la asignación básica, conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- Agregó que el 22 de octubre de 2014, con radicado No 111582 y el 27 de noviembre de 2015 con radicado 124077, el actor elevó derecho de petición ante la entidad accionada con la finalidad que se liquidara la asignación de retiro, conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

1.2. Normas Violadas

Citó como normas vulneradas las contenidas en los artículos 1, 2, 4, 13, 46 y 58 de la Constitución Política, la Ley 4 de 1992, Ley 923 de 2004 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

2. CONTESTACIÓN

Dentro del término para ello, la entidad demandada contestó la demanda manifestando que Resolución N° 4260 de fecha 20 de octubre de 2010 se reconoció al señor Soldado Profesional * Wilson Abelardo Sanabria Peña, del Ejército Nacional, una asignación de retiro a partir del 30 de noviembre de 2010, fecha en la que reunió cada uno de los requisitos para acceder a dicha prestación (fls. 37 a 41).



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

Señaló que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se realizó conforme a las disposiciones del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta lo dispuesto en la hoja de servicio, de conformidad con los artículos 234 y 235 del Decreto 2111 de 1990.

Propuso como medios exceptivos los siguientes:

i) En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70%, de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Prima de Antigüedad): precisó que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, artículo 16 del decreto 4433 de 2004, 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 aplicado la entidad.

ii) Ausencia de vulneración al Derecho a la Igualdad: Con apoyo de la jurisprudencia, refiere que existen diferentes jerarquías en las Fuerzas Armadas, por lo que se trata de situaciones distintas.

iii) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes: Indicó que las actuaciones realizadas por la entidad demandada se ajustaron a las normas vigentes que reglamentan y organizan la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

iv) No configuración de causal de nulidad: Señaló que no se configura ninguna de las causales de nulidad señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en los actos administrativos proferidos por la entidad, por cuanto se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

v) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL: Consideró igualmente, que los actos administrativos ha actuado con apego a la Ley.

Finalmente, precisó en relación a la condena en costas que de prosperar parcialmente las excepciones, es procedente su exoneración, al igual que las mismas deben aparecer causadas y comprobadas.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia de 31 de mayo de 2018, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Para ello, efectuó un estudio del régimen jurídico de los soldados profesionales y de cómo se liquida la asignación básica de estos, para finalmente abordar el caso concreto.

Frente al cual indicó, que el demandante adelantó otro proceso ante el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja con radicación No. 2016-00009, para efectos de reclamar la liquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar como partida computable, no obstante dentro del mismo ya se profirió sentencias de primera y segunda instancia.

Por otro lado, en otro proceso ante el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, con radicado No. 2017-00174, en el que se impugna el oficio No. 2016-93194 de 5 de diciembre de 2014, mediante el cual resolvió una solicitud de liquidación de la asignación de retiro tomando como asignación básica el SMLMV incrementado en un 60%. Dicho proceso fue radicado el 25 de octubre de 2017.

Sobre este aspecto, mencionó la juez de primera instancia que no era procedente la acumulación de pretensiones, en consideración a que no se cumplían los requisitos del artículo 148 del C.G.P., por cuanto para la fecha de radicación del proceso No. 2017-00174 adelantado en el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Tunja, ya se había adelantado la audiencia inicial en el presente proceso.

Así mismo indicó, que no procedía la suspensión por prejudicialidad, pues a pesar de que se encuentran dados los requisitos formales para ello, lo cierto es que la decisión a tomarse en el presente asunto, no depende de lo que se resuelva en el proceso No. 2017-00174 adelantado en el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Tunja.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

Lo anterior teniendo en cuenta que en el evento de reconocerse que al demandante le asiste el derecho a que se reliquide la asignación de retiro tomando como asignación básica el SMLMV incrementado en el 60%, tal circunstancia no incide en la forma como debe liquidarse la prima de antigüedad, es decir que no sería determinante para establecer la manera adecuada de aplicar las tasas de reemplazo de tales partidas consagradas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En ese orden de ideas, adujo que el problema jurídico a resolver en el presente proceso está limitado a establecer si la asignación de retiro del demandante, fue realizada de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Expuso que a través de Resolución No. 2360 de 20 de octubre de 2010, la entidad demandada le reconoció al accionante la asignación de retiro desde el 30 de noviembre de 2010, en cuantía del 70% del salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (es decir un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% del mismo), guarismo adicionado con un 38.5 de la prima de antigüedad.

En cuanto a la prima de antigüedad, advirtió que no se anuncia como partida computable de la asignación de retiro, no obstante de conformidad con el artículo 16 del decreto 4433 de 2004, esta debe incluirse y asciende al 38.5% de la prima de antigüedad lo que no puede aplicarse una tasa de remplazo del 70%, pues esto solo debe proceder sobre la asignación básica toda vez que la norma en cita, señala que para calcular la asignación de retiro, se debe tomar la asignación básica y aplicarle el 70% y el guarismo que resulta adicionarlo con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Así entonces y para determinar el valor de la asignación de retiro del actor, conforme la Liquidación de Servicios No. 3-7307477 de 1º de septiembre de 2010, se calculó la misma con el salario mínimo para el año 2010, incrementado en un 40%, es decir la suma de \$721.000, guarismo que afecta el porcentaje que corresponde a la prima de antigüedad, pues la misma en actividad corresponde al 58.5% de la asignación básica, es decir \$421.785.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

Adujo que la tasa de remplazo para el año 2010, se debe calcular de la siguiente manera: a la asignación básica se le saca el 70%, es decir \$504.700, valor que se adiciona con el 38.5% de la prima de antigüedad, que debió corresponder a la suma de \$421.785, que corresponde a \$162.387.

Así las cosas, sumando el 70% de la asignación y adicionándolo con el 38.5% de la prima de antigüedad, se encuentra que la asignación de retiro del demandante debió ser para la fecha del reconocimiento a la suma de \$667.087.

En ese sentido indicó la *a quo*, que si bien la entidad no realiza la liquidación de la asignación de retiro en debida forma, también lo es que dicha liquidación le resulta más favorable al accionante, aspecto que fue corroborado con la liquidación realizada con valores correspondientes al año 2017.

En virtud de lo anterior, concluyó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues la forma de liquidar adoptada por la entidad demandada le resulta más favorable al actor.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena en costas dispuso su condena a la parte demandada, en tal sentido fijó como valor de las agencias en derecho la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda, que ascienden a \$125.833.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Encontrándose dentro de la oportunidad para ello, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia solicitando se revoque la misma y en su lugar se ordene a la parte accionada el correcto procedimiento establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece que al 70% de la asignación básica se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad (fls. 158 a 160).

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término previsto para ello, ninguno de los apoderados de las partes presentó alegaciones finales.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

5.1. Ministerio Público

Dentro de la oportunidad para ello, el delegado del Ministerio Público presentó su concepto en el sentido de que se revoque la sentencia de primera instancia y solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Respecto de la prima de antigüedad, cita el artículo 2º Decreto 1794 de 2000, el cual establece los parámetros para la prima de antigüedad, igualmente trae a colación los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, los cuales establecen la asignación de retiro, concluyendo que bajo la interpretación de estas normas, resulta procedente liquidar la asignación de retiro computando el 70% del salario básico, adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad devengada por el actor.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, la Sala deberá analizar si es procedente el reajuste de la asignación de retiro del demandante, por haberse interpretado erróneamente el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario, la liquidación efectuada por la entidad demandada se adecua a lo previsto en dicha norma.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en la impugnación, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2. TESIS DEL CASO SUB EXÁMINE

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en los recursos, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la a quo

La posición de la *a quo* se encaminó a negar las pretensiones de la demanda, considerando que si bien la entidad demandada no realizó una correcta aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no lo es menos que la liquidación realizada por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares le resulta más favorable al demandante.

2.2. Tesis de la recurrente

Su postura se encamina a solicitar se revoque la sentencia de primera instancia por considerar que la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es que para determinar el monto de la asignación de retiro del demandante, se debe tomar el salario básico mensual al cual se le debe sacar el 70% y a este resultado se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.3. Tesis de la Sala

La Sala revocará la decisión a la cual llegó la *a quo*, por considerar que el demandante sí tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro que le fuera reconocida.

Dirá que resulta procedente la reliquidación de la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, por haber sido soldado profesional, por lo que se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares a fin de que realice el cálculo, conforme a la clara interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, que debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

En consecuencia, el acto administrativo expedido por la entidad, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro adolece de nulidad conforme a las causales establecidas en el artículo 137 del CPACA.

Dirá que en el presente caso, se configura el fenómeno de la prescripción en



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

atención a que entre la fecha del reconocimiento pensional y la reclamación ante la entidad, transcurrieron más de 3 años de que trata el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por lo que las diferencias causadas con anterioridad al 20 de octubre de 2011, se encuentran prescritas.

Para desatar el interrogante jurídico planteado la Sala comenzará por analizar los siguientes aspectos: *i)* Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, *ii)* De la normatividad aplicable a la asignación de retiro del personal de la fuerza pública – ejército nacional- y su liquidación cuando se trata de soldados profesionales retirados y *iii)* el caso concreto.

3. RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE A LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS INCORPORADOS COMO PROFESIONALES

La Ley 131 de 1985 instituyó en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

El artículo 4° ibídem consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos:

“ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Posteriormente, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000 expidió el Decreto 1793 estableciendo el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares e incorporando a quienes estaban vinculados como voluntarios, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.” (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como **soldados profesionales** y quienes fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el citado Decreto 1793 de 2000, otorgándoles un beneficio consistente en conservar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación.

Además, la norma en cita dispuso en su artículo 38 que el Gobierno Nacional señalaría los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992 - **sin desmejorar derechos adquiridos** - en cumplimiento de lo cual se expidió el Decreto 1794 de 2000, que en su artículo primero dispuso:

“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento. (60%).”

En relación con la prima de antigüedad, el artículo segundo indicó:



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

“ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

Con éste cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales -a partir del 1º de enero de 2001- y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios -es decir anterior al 31 de diciembre de 2000-, se incorporaran en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otras cosas, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Si bien el nuevo régimen salarial de los soldados profesionales es más beneficioso, pues de una simple lectura del Decreto 1794 de 2000 se observa que se les reconocen nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías y subsidio familiar¹, entre otras, en sentir de la Sala, esa circunstancia no es óbice para considerar que quienes pasaron de voluntarios a profesionales tienen derecho a percibir un salario mínimo incrementado en 60% pues ese derecho no surge de comparar ambos regímenes y tomar lo más beneficioso de cada uno, sino de la simple lectura del artículo 1º inciso 2º *ibídem* que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo las normas de la Ley 131 de 1985; es decir, como soldado voluntario.

Dicho criterio resulta acorde con el parágrafo del artículo 2º *ídem*, cuando al referirse a los soldados voluntarios que se incorporan como profesionales,

¹ Derogado por el Decreto 3770 de 2009.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

señaló: *“A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”* pues, como se ha venido exponiendo, precisamente ese Decreto 1794 comprende el derecho a percibir el 60% sobre el salario mínimo mensual.

Sobre la interpretación sistemática y el efecto útil de la norma, la Corte Constitucional ha señalado:

“Interpretación contextual y sistemática

En la interpretación contextual la atribución de significado de las disposiciones jurídicas se efectúa enmarcándolas en el sector del ordenamiento al que pertenecen, o en el sistema jurídico en su conjunto. El argumento de la consistencia terminológica², el denominado argumento sedes materiae³, el principio hermenéutico del efecto útil⁴, y el argumento a coherencia⁵, son esquemas interpretativos que hacen parte de este criterio.

Esta Corte ha señalado su pertinencia y utilidad en materia constitucional, por lo que con frecuencia apela al mismo para establecer el sentido y alcance tanto de la Carta Política, como de las disposiciones que son objeto del control constitucional^{6 7}.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que el trato diferente contenido en el pluricitado artículo 1º, inciso 2º, prima facie, no vulnera el principio de igualdad como quiera que, si bien se trata de soldados profesionales es diferente la

² Según esta regla, debe presumirse que el legislador las expresiones lingüísticas de manera consistente y con el mismo significado, al menos dentro del mismo cuerpo normativo. El efecto de la regla es la inversión de la carga argumentativa, pues debe demostrarse que existen razones suficientes para concluir que una misma expresión es utilizada con significados distintos por el legislador.

³ Según esta regla, la atribución de significado debe estar en función de la ubicación de la disposición dentro del cuerpo normativo en el que se ubica e inscribe.

⁴ Según esta regla, cuando una disposición tiene varios significados posibles, deben descartarse aquellos que no produzcan efectos jurídicos y aquellos que impliquen una reiteración de lo establecido por otra.

⁵ Según esta regla, cuando a un precepto se le pueda adjudicar más de un sentido, deben descartarse aquellos que sean incompatibles con el de otra disposición.

⁶ Por tan solo mencionar algunos ejemplos, este Tribunal ha hecho uso de este método para determinar el alcance de la inviolabilidad del voto de los congresistas (Sentencia C-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero), las materias que son de iniciativa del gobierno en el proceso de producción legislativa (Sentencia C-643 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis), el alcance del derecho a la no auto-incriminación (Sentencia C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra), el momento de la votación en los referendos que tienen un origen gubernamental (Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett), y el sentido de la privación del ejercicio de la patria potestad y la guarda a padre y madre en juicio contradictorio (Sentencia C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre muchas otras.

⁷ C-893/12 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

situación de quienes ingresan con posterioridad al Decreto 1794 de 2000, de aquellos que venían vinculados como voluntarios en razón a que los primeros tienen una trayectoria dentro de la Institución pues iniciaron prestando el servicio militar obligatorio y decidieron continuar como voluntarios para luego ser incorporados al régimen profesional, así que, como lo ha considerado la Corte Constitucional, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente *“la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”*⁸

4. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL PERSONAL DE LA FUERZA PÚBLICA – EJÉRCITO NACIONAL- Y SU LIQUIDACIÓN CUANDO SE TRATA DE SOLDADOS PROFESIONALES RETIRADOS.

Con la expedición de la Constitución de 1991, se asignó al legislador la tarea de regular el régimen pensional de la Fuerza Pública y, en cumplimiento de este deber Constitucional, se promulgó la **Ley 4ª de 1992**, mediante la cual el Congreso de la República, señaló las normas, objetivos y criterios que se debían observar para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales.

En esas condiciones, el congreso de la República, expidió la **Ley Marco 923 de 2004**, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La ley en comento, fue reglamentada a través del **Decreto 4433 del mismo año**, normativa que, estableció, en su artículo 16, la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

⁸ C-168/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Destaca la Sala).

Por su parte, el artículo 13.2.1, del mismo Decreto, estableció:

“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:

(...)

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.”

Del contenido de las normas citadas, se infiere que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo y que tuvieran veinte (20) años de servicio, tienen derecho a que se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual, entendido este como el equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%), adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 2º del Decreto citado, la prima de antigüedad para los soldados profesionales del Ejército Nacional, se cancela de la siguiente manera:

“ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).”



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

Respecto de la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado⁹ en reciente decisión de tutela señaló:

“(...) Mediante el ejercicio de la presente acción el señor Jairo Mendoza Mendoza pretende que se deje sin valor ni efectos jurídicos la providencia judicial del 12 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 28 Administrativo Oral de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento que interpuso contra CREMIL.

*A juicio del demandante, la providencia atacada incurrió en defecto sustantivo **por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado.***

Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015¹⁰, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

*“4.3. Defecto sustantivo, por **indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.** El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos: “Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).*

*(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, **a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.** Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario*

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, C.P.: Martha Teresa Briceño De Valencia, Sentencia de Tutela del 11 de mayo de 2016. Rad.: 11001-03-15-000-2016-00822-00.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00)



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”. En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo. Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación⁵. Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurre en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados. (...).”

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor” (Destaca la Sala).

En ese orden de ideas, debe la Sala entender que, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que, se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad, de allí que, el cálculo de dicha prestación periódica, no parta del salario básico, sino del 70% del mismo.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

5.- HECHOS PROBADOS

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- El 21 de octubre de 2014, el actor solicitó a la entidad accionada la liquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (fls. 15-17).
- Mediante oficio No. 2014-93192 de 05 de diciembre de 2014, la entidad dio respuesta negativa a la anterior petición, señalando al respecto que el reconocimiento y pago de la prestación se realiza con base en la información contenida en la hoja de servicios, de donde se evidencia que el salario básico tomado por dicha entidad corresponde al que el actor venía devengando en actividad (fl. 18).
- Mediante la Resolución No 4260 de 20 de octubre de 2010, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro al actor, a partir del 30 de noviembre de 2010 (fls. 22-23), así:

“ARTICULO 1º. Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor del señor Soldado Profesional • del Ejército SANABRIA PEÑA WILSON ABELARDO nacido el 6 de septiembre de 1966, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 7.307.477 de Chiquinquirá, con cargo al presupuesto de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 30 de noviembre de 2010, así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2030 de 2009) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).*
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.”*



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

- Conforme a la hoja de servicios del actor, se encuentra que ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 1 de septiembre de 1990 al 31 de octubre de 2003 y como soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 30 de agosto de 2010 (fl. 52 vto.).
- Certificación de partidas computables, en la que se advierte que al actor le figura su asignación de retiro con la partida computable del sueldo establecido en \$722.963 y como prima de antigüedad \$278.341, para un total de asignación de retiro \$1.001.304 (fl. 139).
- Expediente administrativo de la asignación de retiro del actor, el cual fue allegado por la entidad accionada (fls. 51-84),

Una vez hecho el anterior recuento del material probatorio obrante dentro del expediente, la Sala procede a resolver el presente asunto.

5. CASO CONCRETO

Según lo expuesto en líneas que anteceden, pretende el demandante que se reliquide su asignación de retiro dando una correcta aplicación a lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En dicho sentido se tiene que mediante Resolución No. 4260 de 20 de octubre de 2010, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al soldado profesional, señor, Wilson Abelardo Sanabria Peña, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2010 (Fl.22-23).

En el acto de reconocimiento citado, se dejó consignada la forma como debía efectuarse la liquidación, era la siguiente:

“(...) 3. Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el militar arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro así:

- *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2030 de 2009) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).*



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad (...)*”.

Mediante el oficio No. 211, consecutivo 2014-93192 del 05 de diciembre de 2014, la entidad demandada, al ofrecer respuesta al derecho de petición presentado por el demandante, con la finalidad de que fuese reliquidada su asignación de retiro y, se aplicara de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló (Fl. 18.):

“(...) Es claro que la Entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicio en cada caso y en la cual se evidencia que el salario básico tomado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para la liquidación de la asignación de retiro, corresponde al que usted venia devengando en actividad.

Por las razones anteriormente expuestas, le indico que la Entidad NO atiende favorablemente su solicitud de reajuste de la asignación de retiro, ni incluir factores no previstos en la ley, teniendo en cuenta que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares para los soldados e infantes de marina profesionales que pasan al retiro, no ha sido modificado, ni derogado, razón por la cual está Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por su misión y naturaleza seguirá dando aplicación estricta a lo dispuesto en la normatividad dispuesta para ese fin (...)”.

Dicha circunstancia vislumbra una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del actor.

Pues como se indicó, para efectos de proceder con el cálculo de su asignación de retiro, debía tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Frente a esta última, la **prima de antigüedad**, el Consejo de Estado, en providencia de 9 de marzo de 2017, expediente: 66001 23 33 000 2013 00079 01 (2898 2014), Consejero Ponente: William Hernández Gómez, al resolver un caso de idénticos contornos al presente, **indicó la forma en que debe liquidarse su monto**, precisando que este se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual, es decir, que se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, expresamente se indicó:

“El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

« [...] Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] »

Por su parte, el artículo 16 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

« [...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...] »

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta Corporación¹¹ señaló:

« [...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]»

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.”

En el presente caso, (...)



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

*Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico (smlmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. **Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.***

Interpretación reiterada recientemente en providencia de 10 de mayo de 2018¹², en donde se indicó que el porcentaje del (38.5%) de la prima de antigüedad, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, sin que sea posible tener en cuenta el valor de la prima certificado por la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en actividad, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por dicho concepto, en tal sentido se precisó:

*“En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), **adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.***

*Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la **asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro**, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.”*

¹² SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16), Actor: JOSÉ HENRY CASSO, Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

En esas condiciones, se encuentra que la liquidación de la asignación de retiro, en el presente caso, debió realizarse bajo los siguientes parámetros:

$$AR = ((70\%) \text{ salario mensual} = \text{SMMLV} + 40\%) * 1.6 + ((38.5\%) \text{ prima de antigüedad}))$$

$$AR = (\$721.000 (70\%)) + (\$721.000 (38.5\%))$$

$$AR = (\$504.700) + (\$277.585)$$

$$AR = \$782.285$$

Así las cosas, para efectos de proceder con el cálculo de la asignación de retiro del actor, debía tenerse en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Lo que significa que la asignación de retiro del Soldado Profesional ® Wilson Abelardo Sanabria Peña, **corresponde a la cuantía de \$782.285 para el año 2010**, no obstante y como quiera que la juez de instancia la determinara en la suma de \$667.087, se torna procedente revocar la decisión de primera instancia.

Al respecto habrá de indicarse que tal imprecisión obedeció a que la *a quo*, cálculo el 38.5% del valor de la prima de antigüedad sobre el 58.5% que correspondía a dicha partida en actividad, circunstancia que genera afectación a la cuantía de la prestación, pues conforme al pronunciamiento del Consejo de Estado, con dicho proceder se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

Así, la juez de instancia estableció los siguientes montos: prima de antigüedad en actividad (\$421.785 equivalente al 58.5%), de la cual dedujo el 38.5%, que corresponde a (\$167.387), guarismo que sumado al 70% de la asignación básica (\$504.700), genera como resultado \$667.087.

Por tanto, se itera, la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual que devengara el



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

En esa medida, al comparar lo anterior, con la forma como la *a quo* y la entidad demandada, realizaron la liquidación de la asignación de retiro del señor Wilson Abelardo Sanabria Peña, evidencia la Sala una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433, circunstancia que genera nulidad del acto administrativo demandando, conforme a las causales establecidas en el artículo 137 del CPACA.

En consecuencia, debe revocarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad del acto demandado y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada que reconozca y pague la diferencia que surgió entre lo que debió ser liquidado y lo que en efecto se le pagó al demandante.

Las sumas que resulten en favor de la parte demandante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula, establecida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}^{13}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste de la asignación de retiro, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, de acuerdo con lo señalado en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del Consejo de estado el 25 de agosto de 2016, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente No. 850013333002201300060 01 (N.I. 3420-2015), la Sala considera procedente ordenar a la entidad demandada descontar los aportes correspondientes a la partida a incluir como base del *quantum* de la asignación

¹³ En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a la diferencia producto del reajuste salarial, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

de retiro y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, **debidamente indexados**, en aplicación de los principios de solidaridad, sostenibilidad financiera del sistema y equidad.

7. PRESCRIPCIÓN

Frente a éste punto, dirá la Sala que la norma que regula la situación del accionante se encuentra contendida en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, que establece una prescripción cuatrienal, tal como se reiteró en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹⁴, antes citada y que respecto al termino prescriptivo indicó:

“(...) Así las cosas, el Ministerio de Defensa Nacional deberá pagarle al accionante el referido incremento a partir del 13 de abril de 2008, toda vez que, como quedó visto en el expediente, éste formuló su reclamación en sede gubernativa, el 13 de abril de 2012; ello en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 10¹⁵ y 174¹⁶ de los Decretos 2728 de 1968¹⁷ y 1211 de 1990,¹⁸ respectivamente, tal como lo ordenó el juez de instancia (...).” (Destacado de la Sala)

En tal virtud el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001 NI. 3420-2015

¹⁵ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

¹⁶ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁷ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares.

¹⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

En el presente caso, tenemos que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se efectuó a través de la Resolución No. 4260 de 20 de octubre de 2010, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2010, en tanto la petición de reajuste de la asignación de retiro se efectuó con fecha 21 de octubre de 2014 (Fls. 15 a 17), esto es, dentro del término de prescripción previsto en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990.

En consecuencia, resulta procedente ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del señor Wilson Abelardo Sanabria Peña desde el 30 de noviembre de 2010, por haberse interrumpido el término de prescripción cuatrienal.

8. DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no se condenará a la parte recurrente, por cuanto se revoca la sentencia de primera instancia, razón por la cual no se cumple con lo previsto en el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P. que establece *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda”*.

De igual forma, de acuerdo con el numeral 8 ibídem, *“Solo habrá condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, supuesto que no se configura en el presente caso, toda vez que no se realizó actuaciones en segunda instancia por ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual negó las suplicas de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 93192 del 05 de diciembre de 2014 expedido por la CAJA DE



Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que reliquide la asignación de retiro del señor WILSON ABELARDO SANABRIA PEÑA, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.307.477, desde el 30 de noviembre de 2010, en los precisos términos ordenados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, conforme a las razones expuestas en ésta providencia, a lo cual se deberá pagar las diferencias que resulten entre lo pagado y el reajuste efectuado.

CUARTO: La entidad demandada deberá descontar los aportes correspondientes a la partida a incluir como base del quantum de la asignación de retiro y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, **debidamente indexados**, en aplicación de los principios de solidaridad, sostenibilidad financiera del sistema y equidad.

QUINTO: Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$\begin{array}{c} \text{Índice Final} \\ R=R_h\text{-----} \\ \text{Índice Inicial} \end{array}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

SEXTO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia.

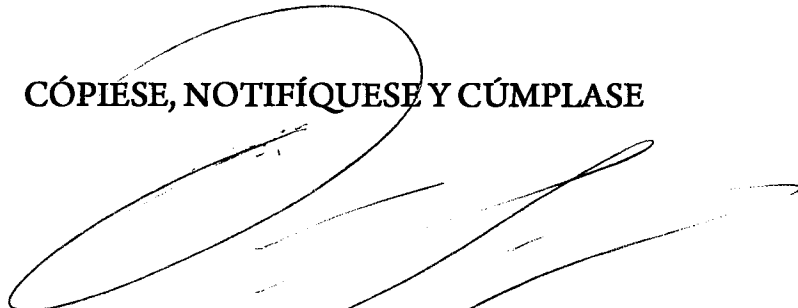


Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

OCTAVO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

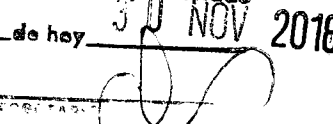

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Accionante: Wilson Abelardo Sanabria Peña
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 15001-33-33-013-2015-00228-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 2ª instancia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 204 de hoy 30 NOV 2018

SECRETARÍA