



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-002-2017-00046-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **RICARDO VALENCIA LEGARDA**
DEMANDADO: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL**

SENTENCIA No. 072

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la Sentencia No. 023 de 27 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán durante el trámite de la audiencia inicial, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda¹.

El señor RICARDO VALENCIA LEGARDA instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que se declare la nulidad de los oficios No. 0017072 de 31 de marzo de 2017 y 0026788 de 19 de mayo de 2017,

A título de restablecimiento del derecho requirió que se ordene a la entidad demandada reliquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta un 20% adicional, la correcta aplicación del valor de las partidas y porcentajes de la prima de antigüedad y subsidio familiar; así como la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

1.2.- Supuestos fácticos.

Relató que el demandante ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular el 20 de agosto de 1993 y el 01 de febrero de 1998 fue aceptado como soldado voluntario del Ejército Nacional, por lo que, para diciembre de 2000, contaba con dicha calidad, cuya vinculación regía según lo preceptuado en la Ley 131 de 1985.

Que el 1º de noviembre de 2009, el señor Ricardo Valencia Legarda fue incorporado en calidad de soldado profesional, por lo que su régimen prestacional correspondía a los decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de 2004.

¹ Folios 32-41 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Adujo que mantuvo la vinculación hasta el 30 de diciembre de 2016 y le fue reconocida asignación de retiro mediante acto administrativo de 15 de febrero de 2017.

1.3.- La oposición.

1.3.1.- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL².

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, esbozando los siguientes argumentos:

Que al demandante le fue reconocida asignación de retiro al haber acreditado un tiempo de servicios de 20 años, 07 meses y 17 días, con fundamento en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y según la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con los artículos 234 y 235 del Decreto-Ley 1211 de 1993.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL en cuanto al reajuste del salario más el 60%. Para ello, consideró la reclamación del reajuste salarial debía realizarse ante el Ministerio de Defensa, por ser esta la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública, y ser la entidad que expide la hoja de servicios con la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Refiere que dicha posición, ha sido adoptada por el Consejo de Estado, mediante diferentes fallos de tutela. Que si bien existe sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, en la cual se trató la problemática aquí planteada, esta fue únicamente dirigida a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

Que es CREMIL un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa, pero diferente de este último al tener personería jurídica, autonomía administrativa y financiera.

Por otra parte, indica que conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro debe liquidarse en el equivalente al 70% del salario básico incrementado en un 38,5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha aplicado la entidad. Trae al plano de estudio la sentencia de 20 de septiembre de 2013, dentro del proceso 20120008601, proferida por la Sección Segunda – Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En cuanto al subsidio familiar manifiesta que, según lo establecido en los decretos 1162 de 2014 y 4433 de 2004, este factor debe incorporarse en un 30%. Que conforme la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa, el actor no devengó dicha partida. Razón por la cual, considera, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados.

Adujo que no existe fundamento para incluir y liquidar la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, pues el Decreto 443 de 2004, consagró en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos de realizar el reconocimiento.

² Folios 78-84 Ibid.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Finalmente arguye que no existió falsa motivación en las actuaciones de CREMIL ni se configura causal de nulidad alguna contra los actos acusados.

Solicitó en caso de prosperar las pretensiones, se declare probada la excepción de prescripción.

Respecto de las costas procesales y las agencias en derecho, se exonere a dicha entidad de su pago, en caso de prosperar parcialmente las excepciones, pues ello solo procede cuando aparezcan causada y en la medida de su comprobación.

1.4.- La sentencia apelada³.

Mediante Sentencia del 27 de febrero de 2018 proferida en audiencia inicial, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para sustentar su decisión, hizo las siguientes consideraciones:

Que al haberse acreditado que el actor ostentó la calidad de soldado voluntario, debía observarse lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000. Así, consideró que al actor le asistía el reajuste de la asignación de retiro en relación al incremento porcentual del salario mensual en un 20% adicional; el cual afectaría la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

En cuanto a la prima de antigüedad como partida computable, consideró que la forma correcta de liquidación correspondía a tomar el 70% del salario básico y a ello incrementarse el 38.5% que correspondía a dicha partida. Considerando para el caso concreto que en efecto debía reajustarse la prestación debiéndose adicionar de manera directa.

Sobre el subsidio familiar, ordenó se liquidara nuevamente esta partida conforme el artículo 1 del Decreto 1162 de 2017, sumándose de manera directa sin la afectación porcentual adicional.

Respecto de la prima de navidad, encontró que el actor no había devengado tal emolumento por lo que no procedía su inclusión.

Analizó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y consideró que al ser función de CREMIL el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, era esta la entidad la encargada de realizar el reajuste ordenado.

En lo referente a la prescripción, indicó que no había lugar a declararse dado que la asignación de retiro fue reconocida en el año 2017 y la petición que dio origen al acto demandado fue promovida dentro de los “tres” años siguientes a la exigibilidad del derecho, conforme el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Finalmente, condenó en costas a CREMIL, conforme el Acuerdo PCAA-16-10554 de 05 de agosto de 2016.

³ Folios 109-112 Ibid.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

1.5.- Los recursos de apelación.

1.5.1.- Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL⁴.

Manifestó que no existía fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, pues conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que consagró de manera taxativa los parámetros para el reconocimiento de las asignaciones de retiro, dicha partida no se encontraba contemplada para realizar la liquidación de la prestación.

Resalta que CREMIL, reconoce las prestaciones con fundamento en la hoja de servicios que para el efecto expide el Ministerio de Defensa, y según la cual, el actor no devengó subsidio familiar. Que incluso de haberse devengado, este tampoco podría ser tomado en cuenta, pues, insiste, no se estableció para efectos de la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

Que no existe vulneración al derecho de igualdad, pues fue el legislador el que estableció los parámetros para efectos del reconocimiento prestacional; considerando que a la Caja le está vedado realizar interpretaciones de las normas especiales que rigen la materia. Por lo tanto, colige, la entidad actuó conforme a Derecho.

Manifiesta que conforme los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro debe liquidarse de la siguiente manera:

$$\frac{\text{"salario básico = SMLMV (100\%) + (incremento en un 40\%) = 140}}{\text{Prima de antigüedad = 38.5\%}}$$

Asignación de retiro:

$$\underline{70\% = (\text{sueldo básico} + 38.50 \text{ de Prima de Antigüedad})}$$

Insiste en que debe declararse la prescripción del derecho, según el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente hace una trascripción de normas referente a las costas procesales y agencias en derecho, sin realizar algún tipo de argumentación al respecto o solicitud pertinente.

1.5.2.- Parte demandante⁵.

Manifestó su inconformidad en relación con la negativa del reajuste del subsidio familiar, en cuanto se afirmó en la sentencia de instancia que el demandante tenía incluido el 30% de lo devengado por este concepto, y no en cuantía del 4% como lo establece el Decreto 1794. Además de mostrarse inconforme con la negativa de inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Para sustentar lo anterior, refirió que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, en el porcentaje devengado en actividad. Por lo que, si un soldado profesional percibió dicho concepto correspondiente a un 4% del sueldo básico

⁴ Folios 112-119 *Ibid.*

⁵ Folios 120-122 *ibid.*

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

incrementado en el 100% de la prima de actividad, no puede reconocérsele el 30% de dicha prestación en la asignación de retiro pues se estaría frente a un retroceso en materia de derechos adquiridos y consolidados.

Sobre la duodécima parte de la prima de navidad, solicitó se incluya como partida computable, en condiciones de igualdad frente a los oficiales y suboficiales. Que argumentar algo contrario, vulneraría el derecho de igualdad y se coloca a los soldados profesionales en condiciones de inferioridad e indefensión.

1.6.- Actuación en segunda instancia.

A través de auto del 16 de abril de 2018, se admitió la alzada⁶. Por auto de 26 de abril de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión⁷.

La **parte demandante**⁸ hizo un recuento de las actuaciones realizadas en la primera instancia. Insiste en el reajuste reclamado en la demanda.

CREMIL y la **representante del Ministerio Público** no se pronunciaron en esta fase procesal.

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el literal c) del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a esta Corporación determinar si debe ser revocado el fallo proferido el 27 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para resolver lo anterior, el Tribunal abordará lo siguiente: i) marco normativo y jurisprudencial del régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios incorporados posteriormente como profesionales; ii) la asignación de retiro y las partidas computables de la prestación de los soldados profesionales y el caso concreto.

⁶ Folio 3 C. Segunda Instancia.

⁷ Folio 11 Ibid.

⁸ Folios 15-24 Ibid.

2.4.- Marco normativo y jurisprudencial del régimen salarial y prestacional aplicable a los soldados voluntarios incorporados posteriormente como profesionales.

El Decreto Ley 131 de 1985 creó la categoría de soldados voluntarios, conformada por quienes habían prestado el servicio militar obligatorio y luego manifestaron su voluntad de sumarse al servicio militar voluntario⁹. 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,

Posteriormente, el Decreto 1793 de 2000, expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares e incorporando a quienes estaban vinculados como voluntarios, donde además se dispuso que a este tipo de soldados se les respetaría el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Así, los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían plazo 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 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 4 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. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

A pesar de lo anterior, en el año 2001, el Ministerio de Defensa ordenó trasladar a los soldados voluntarios al régimen de los militares profesionales consagrado en el Decreto 1793 de 2000. Este hecho generó numerosas controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues su remuneración se vio reducida a un salario mínimo adicionado en un 40%.

La situación *in comento* suscitó el pronunciamiento del Consejo de Estado contenido en la Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016, en la que se establecieron los siguientes parámetros interpretativos para ventilar este tipo de debates jurídicos:

*“[L]a interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que **los soldados voluntarios***

⁹ Art. 2. Decreto Ley 131 de 1985.

que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%.

(...)

[L]a correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, **los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%**¹⁰ (Negrillas fuera de texto).

En dicho pronunciamiento se fijaron las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias relacionadas con el referido asunto:

“Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10106 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.”¹¹

En ese orden de ideas, a los soldados voluntarios les asiste el derecho de continuar percibiendo el salario mínimo legal incrementado en un 60% conforme el inciso 2º del art. 1 del Decreto 1794 de 2000, siempre y cuando se demuestre que al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Cartagena de Indias D. T. y C., 25 de agosto de 2016. No. Interno: 3420-2015. Actor: Benicio Antonio Cruz. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016. No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001. No. Interno: 3420-2015

2.5. Marco normativo y jurisprudencial de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, previó una asignación de retiro para los soldados profesionales, estableciendo que el cómputo de la prima de antigüedad en la liquidación, de la siguiente manera:

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.

Frente a la interpretación de esta norma, se generaron posiciones contrarias entre CREMIL y el Consejo de Estado. La entidad demandada ha señalado que la liquidación corresponde al salario adicionando el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada. Por el contrario, el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual¹².

Por su parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, dentro de lo cual no se prevé para los soldados profesionales el subsidio familiar. Así se 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:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

En lo que respecta a la duodécima parte de la prima de navidad, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

Frente a lo anterior, se suscitaron controversias judiciales en cuanto los soldados profesionales solicitaron tanto el subsidio familiar como la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, en aplicación del principio de igualdad.

Dadas las anteriores controversias, el Consejo de Estado se vio en la necesidad de emitir sentencia de unificación¹³ dado que se encontraban posiciones disímiles en los diferentes tribunales administrativos del país mediante providencia del 25 de abril de 2019. En ella dispuso las siguientes reglas:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

- 1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*
- 1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*
- 2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar*

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 25 de abril de 2019. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Consejero ponente: William Hernández Gómez

como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%¹⁴ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁵ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

- 3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.*
- 4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:*
 - 4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a 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%.*
- 5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*
$$(salario \times 70\%) + (salario \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$
- 6. 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.*
- 7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁵ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.”

En ese orden, y dado el carácter vinculante de las sentencias de unificación, esta Corporación resolverá el caso concreto, observando las reglas jurisprudenciales antes señaladas. Máxime, cuando en el numeral segundo de dicha sentencia, se estableció que las consideraciones constituían precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de dicha sentencia de unificación son retroactivos.

2.6.- Caso concreto.

Con el presente medio de control se pretende el reajuste de la asignación de retiro reconocida al demandante en un 20% adicional, sin afectar la partida de antigüedad, y la inclusión del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad.

Para proferir una decisión de fondo en el *sub judice* y dar solución al problema jurídico planteado, la Sala deberá analizar los siguientes aspectos: i) base para liquidar la pensión con inclusión de la prima de antigüedad, ii) inclusión del subsidio familiar y en qué porcentaje, iii) inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

- De la base para liquidar la asignación de retiro del actor.

Según la Hoja de Servicios número 3-14600164 de 08 de enero de 2017¹⁶ que reposa en el plenario, el señor Ricardo Valencia Legarda estuvo vinculado a las Fuerzas Militares como soldado voluntario desde el 01 de febrero de 1998, hasta el 31 de octubre de 2003; y luego, como soldado profesional desde el primero de noviembre de 2003, hasta el 30 de diciembre de 2016.

Mediante Resolución No. 979 de 15 de febrero de 2017, le fue reconocida una asignación de retiro, efectiva desde el 30 de marzo de 2017¹⁷.

En este orden de ideas, es evidente que el demandante para el 31 de diciembre de 2000, ostentó el estatus de soldado voluntario, y desde el 1º de noviembre de 2003 fue incorporado al régimen de soldado profesional.

Al respecto, en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, antes reseñadas, a efectos de fijar la regla de unificación No. 04, realizó las siguientes consideraciones:

46. El Tribunal Administrativo de Casanare estimó que el salario que se debía tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro del soldado que pasó de ser voluntario a profesional por virtud del Decreto 1793 de 2000, debía ser objeto de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social, en consideración a que este aspecto es relevante para todos los soldados profesionales que se encuentran en la misma situación fáctica frente a esta prestación.

¹⁶ Folio 16 C. Ppal.

¹⁷ Folios 14-15 ibíd.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

47. *Al respecto, encuentra la Sala que es necesario esclarecer la incidencia del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 en el salario del personal anteriormente mencionado, para efectos de determinar su impacto en la liquidación de la asignación de retiro, habida cuenta de que dicha norma dispone:*

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%).

48. *El contenido normativo transcrito fue objeto de diferentes apreciaciones en sede judicial, pues, en unos casos, se consideró ajustada a derecho la interpretación según la cual, los soldados voluntarios incorporados como profesionales debían devengar un salario mínimo incrementado en un 40%, mientras que en otras oportunidades, se admitió que lo que correspondía era un salario mínimo mensual incrementado en un 60%. Esto promovió que se instauraran procesos en los que se reclamó un ajuste del 20%, situación que hizo imperativo que esta corporación efectuara un pronunciamiento de unificación jurisprudencial sobre el punto objeto de controversia en la sentencia del 25 de agosto de 2016, en la cual se fijaron las siguientes reglas:*

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

49. De lo anterior, se observa que la segunda regla establecida en esta sentencia hizo referencia a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales y en la tercera y la cuarta a un reajuste prestacional, sin embargo, en tal providencia no se abordó el estudio ni se definieron las reglas relativas al porcentaje de incremento que debe tenerse en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en atención a que este aspecto no era objeto de debate en aquella oportunidad.

50. Ahora bien, examinados los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema se encuentran varios, especialmente dentro de acciones de tutela, en los cuales, mayoritariamente, se concluyó que era válido, de acuerdo con la norma, entender que a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, debía liquidárseles la asignación de retiro en un salario mínimo acrecentado en el 60% , toda vez que esta interpretación se acompañaba con el criterio jurisprudencial definido en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 , antes citada.

Así, al asunto bajo examen, conforme la regla fijada por el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, resulta aplicable el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, según el cual, *“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%)”*; tal como lo dispuso la *a quo*.

Así entonces, el cargo de apelación no está llamado a prosperar dado que corresponde a la demandada liquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, y no como lo pretende hacer ver el extremo pasivo de la *litis*.

Ahora, solo hay lugar a realizar el respectivo reajuste a partir de la fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 979 de 15 de febrero de 2017, esto es, desde el 30 de marzo de 2017.

Sin embargo, conforme los argumentos de la citada sentencia de unificación, 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 a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador. Razón por la cual, deberá modificarse la sentencia de instancia.

- De la prima de antigüedad.

Alega CREMIL frente a este tópico, que la asignación de retiro debe liquidarse con fundamento en la siguiente ecuación:

$$“70\% = (\text{sueldo básico} + 38.50\% \text{ de prima de antigüedad})”$$

En otras palabras, la entidad demandada considera que del tenor literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2000 se desprende la asignación de retiro es el equivalente al 70% del salario, incrementado en 38.50% de la prima de antigüedad.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Como se indicó, el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción también fijó la regla para calcular la asignación de retiro con el incremento de la prima de antigüedad, indicando lo siguiente:

"(...) Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho¹⁸.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas."

De la proyección de la asignación de retiro visible a folio 17, se observa que la prestación fue liquidada de la siguiente manera¹⁹:

"SUELDO BASICO	(SMLV + 40%)	\$1.032.804,00
	70%	\$722.963,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,50%	\$278.341,00
SUBTOTAL		\$1.001.304,00
MAS SUBSIDIO FAMILIAR (D. 1162/2014 (30% X SF EN ACTIVO)		\$193.651,00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$1.194.955,00"

En efecto, dicha liquidación transgrede artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues si bien no afectó doblemente la prima de antigüedad con el 70%, esta no fue

¹⁸ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

¹⁹ Folios 5 del cuaderno principal

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

calculada sobre el 100% de la asignación salarial mensual básica, sino sobre dicho porcentaje.

En consecuencia, tal como se estableció en la pluricitada sentencia de unificación en la regla número 6, para liquidar la asignación de retiro, debe deberse tomarse en el 70% de la asignación salarial, 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 devengaba el actor al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, con base en la siguiente fórmula:

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

- Del subsidio familiar.

Alega en síntesis la parte demandante que dicho emolumento no podía incluirse en un 30% en la asignación de retiro, cuando este corresponde al 4% del sueldo básico incrementado en el 100% de la prima de actividad.

Dado que el actor causó su derecho con posterioridad al mes de julio de 2014 (30 de marzo de 2017), es necesario observar la regla de unificación número 2, según la cual “[l]os soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida”. Para ello, el Consejo de Estado hizo las siguientes consideraciones:

5.4. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

176. En primer lugar, es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional, el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar».

177. Por su parte, la Ley 21 de 1982 concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

178. En lo que respecta a su pago, el artículo 5 ejusdem reguló las diferentes modalidades así:

- En dinero: se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.

- En especie: se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.

- *En servicios: es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.*

179. *Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio, en los siguientes términos:*

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

180. *Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:*

«PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio».

181. *Por su parte, el párrafo segundo de esta norma aclaró que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.*

182. *Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.*

183. *Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:*

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

184. *En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:*

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

185. *Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 , para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 , y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida .*

186. *Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

187. *En conclusión, 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."*

En ese orden, dado que según se observa de la hoja de servicios, el actor devengaba el subsidio familiar en un 4%, debe entenderse que ello estaba regulado conforme el Decreto 1794 de 2000. Así, la liquidación en la asignación de retiro, debía calcularse conforme las previsiones del artículo 1 del Decreto 1162 de

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

2014 y no como lo pretende hacer ver la parte demandante, dada que la norma es clara al señalar que debe tomarse en un 30% del valor de lo devengado en actividad.

- De la prima de navidad.

La parte activa de la litis objetó la providencia de instancia argumentando que en el cálculo de la asignación de retiro, hay lugar a incluir la duodécima parte de la prima de navidad.

Como se dijo en acápites precedentes, este emolumento, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

Ahora bien, según la regla número 1 establecida en la plurificada sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, para los soldados profesionales, solo son computables las partidas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004. Así las cosas, no se asiste razón al extremo activo de la *litis* al considerar que debe incluirse en la liquidación de la prestación tal emolumento, por lo tanto, el cargo de apelación no tiene vocación de prosperidad.

- De las costas en primera instancia.

Finalmente, CREMIL transcribe apartes normativas sobre las costas procesales y agencias en derecho, sin impetrar un cargo de apelación específico, por lo cual no se hará ninguna consideración al respecto.

- Conclusión.

Esta Corporación encontró le asistía razón al extremo activo de la *litis*, en cuanto procede el reajuste de la prestación, la cual debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Igualmente, tal como lo señaló la *a quo*, procedía la liquidación, tomando la asignación salarial 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.

A su vez, tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar, conforme el Decreto 1162 de 2014.

En ese orden, resulta claro que los actos administrativos enjuiciados se encuentran parcialmente viciados de nulidad. La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

Asignación de retiro = [Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70%]+ [100% de la asignación básica mensual x 38.5% (prima de antigüedad)] + 30% subsidio familiar.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Sin embargo, a efectos de dar mayor claridad a la sentencia de instancia y aplicando las reglas antes señaladas, esta Corporación modificará el numeral tercero de la sentencia enjuiciada.

2.7. Costas de segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA, dispone que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, señala:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...).”

Comoquiera que prosperó parcialmente la alzada, esta Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia No. 023 de 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, la cual quedará así:

“TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, reajustar la asignación de retiro, reconocida al señor Ricardo Valencia Legarda, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.600.164, conforme lo siguiente:

i) Con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 30 de marzo de 2017, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 979 de 15 de febrero de 2017. Asimismo, 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 a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

ii) Con la inclusión únicamente de las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, asignación básica mensual incrementada en un 60%, prima de antigüedad. Adicionalmente, se incluirá el subsidio familiar conforme el Decreto 1162 de 2014.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-00046-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO VALENCIA LEGARDA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará exclusivamente sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.

iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

Asignación de retiro = [(Asignación básica mensual incrementada en un 60%) x 70%]+ (100% de la asignación básica mensual x 38.5%) + 30% subsidio familiar.

SEGUNDO.- CONFIRMAR los demás numerales de la Sentencia No. 023 de 27 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán.

TERCERO.- ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia, conforme a lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO.- NOTIFIQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

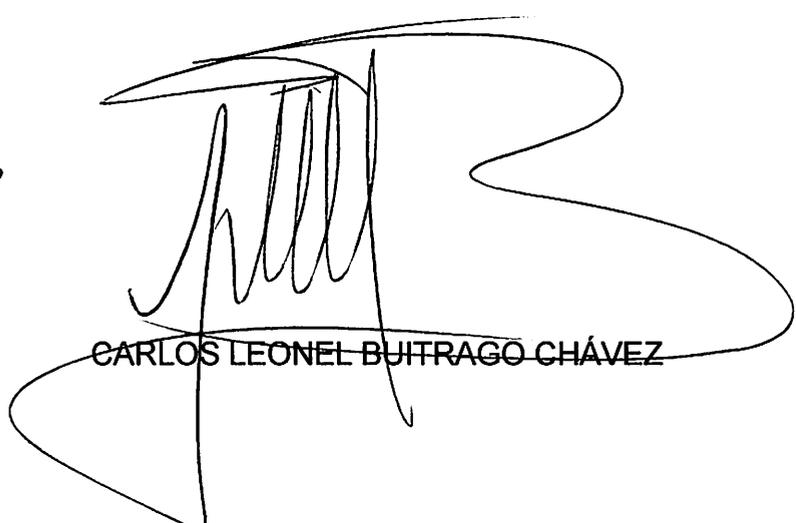
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ