



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL

Yopal-Casanare, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Ref.:

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Reajuste del 20% del salario de un soldado voluntario, de conformidad con los Decretos 1793 y 1794 del 2000; Reliquidación Asignación de Retiro Decreto 4433 de 2004; Sentencia de Unificación Consejo de Estado.

Demandante: **LUIS AMADO TARACHE TARACHE.**

Demandada: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL".**

Radicación: **85001-33-33-002-2016-00280-00**

Procede este Estrado Judicial a proferir sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

El ciudadano **LUIS AMADO TARACHE TARACHE** a través de apoderado judicial instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, solicitando a esta jurisdicción que mediante el proceso contencioso administrativo de rigor se acceda a sus pedimentos que se contraen al reajuste su asignación de retiro con los porcentajes (tiendo como base el SMMLV incrementado en un 60%) y partidas establecidas en la Ley.

PRETENSIONES:

Solicita el actor en el libelo de forma textual:

"1) Declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 2015-47994 de fecha 14 de Julio de 2015, mediante el cual, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** negó las siguientes peticiones:

- a) *La liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero (1º) del decreto 1794 de 2000.*

b) La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante dándole correcta aplicación al artículo 16º del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38,5% de la prima de antigüedad.

2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a:

a) Liquidar la asignación de retiro de mi poderdante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo primero (1º) del decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

b) A liquidar la asignación de retiro de mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 16º del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, es decir, al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

3) Que en virtud a las pretensiones anteriores, se ordene el reajuste de la asignación de retiro de mi representado, año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores.

4) Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

5) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados en los numerales anteriores, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en el artículo 192 y 195 del CPACA (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

6) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho."

ANTECEDENTES:

Narra en la demanda que el señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE, ingresó al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio, y posteriormente se incorporó a la misma institución en condición de Soldado Voluntario (regiéndose por la Ley 131 de 1985).

Refiere que a partir del 1º de Noviembre de 2003, por decisión del Ejército Nacional, el demandante, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados soldados profesionales, condición que mantuvo hasta su retiro de la fuerza.

Sostiene que al reunir los requisitos exigidos en el artículo 16º del Decreto 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución Nº 3852 del 12 de Mayo de 2015, le reconoció asignación de retiro al accionante.

Advierte que el día 25 de Junio de 2015 con radicado N° 20150058082, se radicó derecho de petición ante "CREMIL", peticionando que la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo primero (1°) del decreto 1794 de 2000; ante lo cual la Caja de Retiro dio respuesta negativa mediante acto administrativo de fecha 14 de Julio de 2015 (radicado N° 2015-47994).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Cita como normas violadas las siguientes:

- Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.
- Ley 131 de 1985.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 923 de 2004
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

En el concepto de violación esboza la posible transgresión de los artículos de la Carta Magna y de las leyes que mencionó con antelación, concretizando que el acto administrativo acusado se encuentran viciado de nulidad, respecto de dos aspectos en particular:

a) Aduce que a 31 de Diciembre de 2000, el hoy demandante ostentaba la calidad de soldado voluntario, razón por la cual era acreedor a la prerrogativa contemplada en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, en el sentido de devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; sin embargo, advierte que desde la fecha en que se le denominó como soldado profesional, se le disminuyó su asignación mensual en un 20%, contrariando principios y normas, tanto constitucionales como legales. En este sentido, señala que para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro, se debe tomar en consideración el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; lo anterior, con el fin de garantizar una asignación de retiro digna que le permita al actor siquiera cubrir sus necesidades básicas.

b) Sostiene que la asignación de retiro de los soldados profesionales se encuentra regulada en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004 donde establece claramente los factores y los porcentajes a tener en cuenta para su liquidación; sin embargo, considera que la entidad demandada está interpretando de forma errónea dicha norma en perjuicio de los intereses del accionante, ya que aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al

total se le saca el 70%; es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje primero el 38.5% y al valor resultante se le saca también el 70%, causando un grave perjuicio al demandante al descontarle una suma considerable a su asignación de retiro; en este sentido, advierte que la aplicación correcta del artículo 16 de la Ley 4433 de 2004, parte del 70% de la asignación básica a la cual se le debe adicionar el 38,5 de la prima de antigüedad y de esta forma se obtiene el valor real de la asignación de retiro.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda que dio origen al proceso contencioso fue recibida en la Oficina de Servicios Judiciales de esta ciudad el día 08 de Agosto de 2016, como consta a folio 51 del cuaderno principal.

Sometida a reparto el mismo día de radicación, fue asignada a Estrado Judicial, siendo recibida por la Secretaría el 09 del mismo mes y año e ingresando al Despacho para proveer el 9 de Septiembre de 2016 (fl.54 c.1).

Mediante proveído del 18 de noviembre de 2016 (fl. 55 c.1 y vto.), se dispuso ADMITIR la demanda al considerar que reunía los requisitos mínimos formales requeridos por la norma.

Verificada la notificación personal del auto admisorio (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.), dentro de la oportunidad legal concedida, el ente demandado – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", constituyó apoderado judicial y contestó la demanda, presentó prueba documental (antecedentes administrativos) sin solicitar la práctica de otras, propuso excepciones de las cuales la Secretaría del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 124 c.1.), sin que la parte actora efectuara manifestación al respecto, quedando así trabada la Litis.

Contestación de la demanda por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (fls. 60 a 65 vto. c.1.).

La demandada se hace presente al escenario de la Litis, oponiéndose a las pretensiones planteadas en la demanda; refiriéndose sobre cada uno de los hechos narrados, formulando excepciones y fijando su posición jurídica en el siguiente sentido:

i) EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO DEL 60%

Hace alusión a la sentencia de unificación CE- SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de agosto de 2016, reconociendo que dicha Corporación decidió que con fundamento en el inciso segundo del

artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%; sin embargo, aduce que dicha entidad carece de *LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA*, para poder modificar dicha situación salarial de forma directa, teniendo en cuenta que su naturaleza jurídica es un establecimiento Público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, basada en la *Hoja de Servicios* que expide el Ministerio de Defensa, quien es en últimas a quien le compete resolver dicha discusión del reajuste salarial.

ii) Reajuste solicitado con el SMLMV mas el 70%, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Sobre este punto en particular relacionado con la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, mantiene su posición en que la norma es clara en señalar que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de Retiro, así:

$$\begin{aligned} \text{Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) = 140\% \\ \text{Prima de Antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de Prima de Antigüedad})$$

Por consiguiente, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, manifiesta que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad, en consonancia con el Concepto radicado No. 2014-6000006331 del 17 de Enero de 2014, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Otras Actuaciones:

Con auto del 12 de Junio de 2018 (fl. 125 c.1.) se dispuso tener por contestada la demanda por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" y se reconoció personería jurídica a su apoderado judicial; finalmente y conforme al artículo 180 del CPACA dispuso convocar a la práctica de *AUDIENCIA INICIAL* señalando fecha y hora para la misma.

El día 3 de octubre de 2018 (fls. 128 a 131 y vto. c.1); se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los siguientes temas: Saneamiento del proceso, procedencia de la conciliación, resolución de excepciones previas planteadas (se analizó la alegación denominada "Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, la cual fue despachada desfavorablemente), fijación del litigio y decreto general de pruebas, en esta última etapa y dando aplicación a lo contemplado en el inciso final del artículo 179 del CPACA, se prescindió de la audiencia de pruebas establecida en el artículo 181 ibídem y en consecuencia, ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls. 153 a 158 c.1.).

El apoderado judicial del demandante reitera la misma argumentación expuesta en el libelo de la demanda, respecto a los ítems que considera afectan la legalidad del acto acusado, los cuales se recuerda son: a) El monto del salario mensual del accionante como base de liquidación de la Asignación de Retiro, al no haberse tenido en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; y b) La correcta aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 16° del Decreto 4433 del 2004, la cual establece que la asignación de retiro equivaldrá al 70% de la asignación básica (con la salvedad esbozada en precedencia del aumento del 60% en la asignación básica), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como hasta la fecha se viene haciendo una doble afectación a la aludida prima.

No obstante lo anterior, precisa que en el mes de junio de 2017 el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL allegó a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", complemento de la Hoja de Servicios de los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, estableciendo el incremento del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro de la siguiente manera: un (1) salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%), acorde con lo anterior, advierte que "CREMIL" reajustó la partida "asignación básica" dentro de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, con retroactivo al mes de agosto de 2017, y a lo cual aplicó prescripción trienal, pero sin indexar y sin reconocer intereses de mora a partir del reconocimiento a la fecha del pago efectivo; en este sentido, destaca que tal

cumplimiento es parcial en razón a que el pago de los dineros derivados del aumento del 20%, deben ser reliquidados aplicando la prescripción cuatrienal, indexando y cancelando los intereses de mora.

De la parte demandada - "CREMIL": (fls. 148 a 152 c.1).

A través de apoderado judicial dicha entidad se hace presente en esta etapa procesal, manifestándose sobre los dos temas objeto de controversia de la siguiente manera:

a) Reajuste del 20% en la Asignación de Retiro

Respecto a este ítem señala que con la sentencia de unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016, Consejo de Estado; Magistrada ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; demandante: Benicio Antonio Cruz; demandado: La Nación – Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, aclarada mediante la sentencia aclaratoria del 6 de octubre de 2016, dicha corporación unificó la jurisprudencia sobre esta problemática, y sin haber vinculado a la Caja de Retiro de las fuerzas Militares decidió que con fundamento en el inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%; ahora bien, acorde con lo anterior, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación mencionada anteriormente, radicó ante "CREMIL", el complemento de la Hoja de Servicios del demandante, por medio de la cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2º del artículo 1º del decreto 1794 del 2000.

En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el caso particular del hoy demandante señor Luis Amado Tarache Tarache, profirió el correspondiente Acto administrativo – Resolución No. 552 del 18 de Enero de 2018, incorporando el incremento del 20%.

b) Liquidación de la Asignación de Retiro, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004

Sobre este punto en particular se ratifica textualmente en lo expuesto en la contestación de la demanda.

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Estrado Judicial, guardo silencio en esta importante etapa.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diversa índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Competencia:

Este Estrado Judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate. (en armonía con lo normado en el artículo 187 *ibidem*), para así resolver los extremos de la Litis planteada.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema jurídico planteado:

Se trata de determinar si el acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015-47994 del 14 de julio de 2015 (por medio del cual se negó la liquidación de la asignación de retiro del ex soldado profesional Luis Amado Tarache Tarache, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794/00 y por medio del cual además se negó, la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se encuentra viciado de nulidad y por ende es procedente su restablecimiento al demandante que presuntamente se encuentra afectado; o si por el contrario el aludido acto enjuiciado está acorde con la normatividad que regula dicha materia.

Medios probatorios allegados al proceso:

.- Copia del derecho de petición con fecha de radicado 25 de Junio de 2015 (ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares), suscrito por el señor Luis Amado Tarache Tarache y dirigida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls. 3 a 5 c.1.), mediante el cual solicita que se le reliquide la asignación de retiro teniendo en cuenta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece el 70% del salario mensual indicado en el inciso

segundo del artículo 1º del Decreto - Ley 1794 de 2000 (60%), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

.- Oficio No. 0047944 CONSECUTIVO 2015-47944 del 14 de Julio de 2015 (fls. 6 y vto. c.1.), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se da respuesta negativa a la petición incoada el 25 de Junio de 015.

.- Copia de la Certificación No. 0048426 CONSECUTIVO 2015-48426 del 15 de Julio de 2015 (fl. 7 c.1.), proferido por la Coordinadora Grupo de Gestión Documental Encargada de las Funciones de Atención al Usuario del Ejército Nacional, donde informa que la última unidad donde prestó sus servicios militares el señor Soldado Profesional Luis Amado Tarache Tarache, fue en el Grupo de Caballería Mecanizado N° 16 Guías de Casanare en Yopal.

.- Copia de la Certificación No. 0048426 CONSECUTIVO 2015-48426 del 15 de Julio de 2015 (fl. 8 c.1.), expedido por el responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", donde se señalan los porcentajes y partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro del Soldado Profesional ® Luis Amado Tarache Tarache, así:

"SUELDO		\$	902.090,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,50%	\$	347.304,65
SUBSIDIO FAMILIAR	5%	\$	45.104,50
SUBTOTAL		\$	1.294.499,00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%		
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		\$	906.149,00"

.- Copia de la Hoja de Servicios No. 3-7363942 del 16 de Abril de 2015 (fls. 9 a 10 c.1.), expedido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, correspondiente al señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE, donde consta los tiempos de servicios prestados, destacando que del 16 de Septiembre de 1996 al 31 de Octubre de 2003, ostentó la calidad de Soldado Voluntario y desde el 1º de Noviembre de 2003 hasta el 01 de Abril de 2015, ostentó la calidad de Soldado profesional; así mismo, se reporta que dentro de la última nómina del mes de Marzo de 2015, devengaba los siguientes conceptos: Sueldo básico, Subsidio Familiar (25 %), Adic. Subsidio Familiar, Prima de Antigüedad (58,50 %), Seguro de Vida Subsidiado y Bonificación Orden Público Soldado PF.

.- Copia de la Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015 (fls. 11 y 13 c.1.) "**Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Soldado Profesional (r) del Ejército LUIS AMADO TARACHE TARACHE.**", expedida por la Caja de Retiro de las

Fuerzas Militares "CREMIL", siendo efectiva dicha prestación el 01 de Julio de 2015.

.- Constancia de fecha 18 de Marzo de 2016, expedida por la Procuraduría 72 Judicial I Para Asuntos Administrativos de Yopal, donde consta que el señor Luis Amado Tarache Tarache agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Prejudicial (fls. 15 y 16 c.1.).

.- Copia de los Antecedentes Administrativos aportados por la entidad demandada, obrante a folios 75 a 115 del encuadernamiento, entre los cuales se destaca el siguiente documento:

Copia de la Resolución N° 9743 del 04 de Diciembre de 2015 "*Por la cual adiciona la Resolución N° 3852 del 12 de Mayo de 2015 y se ordena el aumento de la partida de subsidio familiar dentro de la asignación de retiro del **señor Soldado Profesional (r) del Ejército LUIS AMADO TARACHE TARACHE.***", con efectos fiscales a partir del 1° de Julio de 2015 (fls. 100 y 101 c.1.).

.- Copia de la Resolución N° 552 del 18 de Enero del 2018 (fls. 143 y 144 vto., c.1.) "*Por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la asignación de retiro del **señor Soldado Profesional (r) del Ejército LUIS AMADO TARACHE TARACHE.***" expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", a partir del 01 de julio de 2015.

.- Copia del Acta de fecha 27 de Septiembre de 2018, expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación de la Caja de Retiro de la Fueras Militares, en donde expone las partidas computables y la forma en que están efectuando la liquidación de la Asignación de Retiro del ex soldado profesional LUIS AMADO TARACHE TARACHE (fls. 141 y 142 c.1.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, o si por el contrario la negativa de la entidad demandada se ajusta a la normatividad vigente sobre dicha materia.

APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO

Inicialmente al enfoque de lo debatido es dable precisar que en el presente asunto se debe abordar dos temáticas en particular, la primera relacionada con el monto de la asignación básica del ex soldado profesional LUIS AMADO TARACHE TARACHE, para efectos de la reliquidación de su Asignación de Retiro, donde se pretende que se

reconozca el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a la segunda, se debe discernir de forma conjunta si la entidad demandada ha realizado la liquidación de la asignación del retiro, acorde con lo normado en el artículo 16º del Decreto 4433 del 2004; es decir, si la fórmula aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se ajusta a los parámetros legales establecidos.

Sobre esta materia en particular, el Honorable Consejo de Estado, profirió reciente Sentencia de Unificación¹, estableciendo los respectivos criterios de interpretación respecto a la forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y definió cuales son las partidas computables para ello; en este sentido y al ser un precedente de obligatorio acatamiento se traerá a colación, para su posterior aplicación, así:

"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 fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

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

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000³ 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.

¹ Sentencia del 25 de Abril de 2019; Sección Segunda: C.P.; William Hernández Gómez: Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Julio Cesar Benavides Borja Vs Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, radicado No. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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:

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

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.

B. 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.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen 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 la presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Cuarto: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia."

Ahora bien, atendiendo el precedente judicial unificador del máximo ente de lo contencioso administrativo del país, en igual forma, dando aplicación al principio de favorabilidad, derechos adquiridos y además, al hallarnos frente a un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y constatar que probablemente se podrían estar vulnerando garantías y derechos fundamentales del aquí demandante, no podemos acudir a la premisa o principio de la "*jurisdicción rogada*" en materia contencioso administrativa, por lo cual es de obligatoria aplicación para el caso específico examinado la mencionada jurisprudencia unificatoria.

Conclusión al caso concreto:

De la interpretación armónica de los preceptos antes citados y aplicables al caso *sub-judice*, con base en el acervo probatorio allegado al expediente, y teniendo en cuenta las acotaciones efectuadas en precedencia, al igual que la jurisprudencia reciente del máximo ente de lo contencioso administrativo del país, se evidencia que sobre este punto en particular, las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, acorde con las siguientes consideraciones:

- Quedó demostrado en el expediente que el señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de "*Soldado Voluntario*" desde el 16 de Septiembre de 1996 hasta el 31 de Octubre de 2003, y desde el 1º de Noviembre de 2003 hasta el 30 de Junio de 2015 (baja efectiva - acorde con la Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015 - folios 11 a 13 c.1.), ostentó la calidad de "*Soldado Profesional*"; es decir, que se encuentra dentro de la excepción contemplada en el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y por ende es acreedor a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% para efectos de la liquidación de la Asignación de Retiro; en este sentido, se advierte que la entidad demandada estableció una interpretación diferente que consecuentemente conllevó que se vulnerara dicho mandato constitucional y a que se configure un detrimento salarial evidente del 20%, independientemente de que dicho servidor público al estar sujeto a un nuevo régimen, se hizo acreedor a devengar una serie de prestaciones sociales propias de su nueva condición de "*Soldado Profesional*", aspecto que indiscutiblemente repercute en la liquidación de la asignación de retiro del hoy demandante, y que acorde con lo expuesto, se reitera deberá tomarse el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, al ser más favorable y ajustado a la norma que contempla dicha prerrogativa.

En este orden de ideas, este Despacho Judicial declarará la nulidad total del Oficio No. 0047994 CONSECUTIVO 2015-47994 del 14 de Julio de 2015 (por medio del cual se negó la liquidación de la asignación de retiro del ex soldado profesional Luis Amado Tarache Tarache, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794/00 y por medio del cual además se negó, la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (acto administrativo enjuiciado), específicamente en lo que concierne a la aplicación de lo normado en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 - **salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000**; lo anterior, al haberse desvirtuado la presunción de legalidad que recaía sobre el mismo sobre este aspecto en particular.

En consecuencia de lo anterior, se dispondrá que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", efectúe la reliquidación de la Asignación de Retiro del señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE, acorde con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, aplicando el salario mínimo legal vigente del respectivo año, incrementado en un sesenta por ciento (60%), desde el 01 de Julio de 2015, fecha en que se hizo efectiva la primera mesada pensional de conformidad con Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015 (ffs. 11 a 13 c.1.).

No obstante lo anterior, se advierte que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de forma autónoma y unilateral mediante Resolución No. 552 del 18 de Enero de 2018, ordenó el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la Asignación de Retiro del hoy accionante a partir del 01 de Julio de 2015; en este sentido, dicha entidad deberá al momento de dar cumplimiento al presente fallo, descontar las sumas que haya cancelado por tal concepto pero en concordancia con los demás lineamientos que aquí se establezcan.

Ahora bien, una vez discernido y resuelto el primer aspecto de la Litis planteada, se procederá a evaluar el segundo ítem o pretensión, relacionado con los porcentajes y partidas computables para liquidar la asignación de retiro del señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en concordancia con la sentencia de unificación ya aludida, en donde tenemos que dicha normatividad, establece:

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." (Subraya y Negrilla del Despacho)*

En este sentido, tenemos que dentro del expediente se allegó Certificación No. 0048426 CONSECUTIVO 2015-48426, expedida por el Responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (fl. 8 c.1.), señalando los porcentajes y partidas computables que fueron utilizadas en la liquidación de la Asignación de Retiro del hoy demandante; de dicha documentación se desprende la siguiente operación aritmética:

Sueldo básico del Soldado Profesional (que equivale al s.m.m.l.v. del respectivo año), más el **40%** de dicho sueldo básico, de conformidad con el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; a dicho resultado le sumó el 38.5% de la prima de antigüedad y 5% del Subsidio Familiar; y al resultado de dicha sumatoria le sacó el 70% de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, obteniendo así el monto final que le corresponde como asignación de retiro al hoy accionante.

Ahora bien, revisada dicha liquidación y efectuando una revisión minuciosa de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con la sentencia de unificación tantas veces mencionada, se advierte de forma evidente que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" no está acatando los parámetros establecidos en dicha norma y efectivamente se está generando un detrimento en el monto final de la asignación de retiro del accionante, acorde con las siguientes consideraciones:

A continuación procede el Despacho a efectuar la correcta interpretación de la norma ya citada, efectuando la respectiva reliquidación de la asignación de retiro del accionante, abordando los porcentajes y partidas computables legal y jurisprudencialmente establecidos, así:

El sueldo básico del Soldado Profesional (que equivale al s.m.m.l.v. del respectivo año), más el **60% de dicho sueldo básico**, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en consonancia con lo discernido en esta providencia; a dicho resultado se le saca el 70% de conformidad con lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y al resultado de dicha operación se le debe

sumar el 38.5% de la prima de antigüedad (calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengaba el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro) y el 70% del subsidio familiar que se encontraba devengando en actividad (25% - De conformidad con el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014), tal y como fue reconocido en la Resolución No. 9743 del 04 de diciembre de 2015 (Por la cual adiciona la Resolución Nº 3852 del 12 de mayo de 2015 y se ordena el aumento de la partida de subsidio familiar dentro de la asignación de Retiro del señor Luis Amado Tarache Tarache); en este apartado es pertinente aclarar que este último ítem relacionado con el Subsidio Familiar, se mantendrá incólume, en primer lugar porque no fue objeto de discusión dentro del presente proceso, y en segundo lugar porque una vez revisado el mismo, se ajusta a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación.

Igualmente, hay que precisar que atendiendo el principio de Transparencia, este Despacho Judicial se aparta de la posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Casanare en pretéritas oportunidades⁴, relacionado con la Prima De Antigüedad, ya que a nuestro juicio la misma no se encuentra en consonancia con la disposición unificatoria expresa del Consejo de Estado, en el siguiente sentido: nuestro superior jerárquico plantea que para efectos de establecer el 38,5 % de la prima de antigüedad estatuida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se debe partir del porcentaje o monto que devengaba en actividad el soldado profesional (para este caso en concreto sería el 58,50 del salario básico) y sobre esa partida aplicar el 38,5 % ya aludido, dicha interpretación que es más gravosa para el soldado profesional, ya que el monto de la asignación se reduce considerablemente.

A continuación y a modo ilustrativo se efectuará la liquidación correcta de la Asignación de Retiro correspondiente al año 2015.

SMMV 2015	\$644.350,00	
Incremento 60%	\$386.610,00	
Asignación básica	\$1.030.960,00	
70% salario básico (Art. 16 del Decreto 4433 de 2004)		\$721.672,00
38,5 % de la Prima de Antigüedad - Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengaba el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro - De conformidad con la sentencia de Unificación)		\$396.919,6

⁴ Ver sentencia del 23 de Mayo de 2019; M. P.: Néstor Trujillo González, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, identificado bajo el radicado No. 850013331001-2016-00319-01 (radicado interno 2018-00330), siendo demandante: Julio Cesar Carvajal Rodríguez, y demandado: "CREMIL".

Subsidio Familiar en actividad (25% del salario básico)	\$257.740	
70% del Subsidio Familiar devengado en actividad (art. 5º Decreto 1161 de 2014)		\$180.418
Asignación retiro (70% Salario Básico + 38,5% Prima de Antigüedad + 70% Subsidio Familiar).		<u>\$ 1.299.009,6</u>

Realizando el cotejo y confrontación de las dos liquidaciones, se ratifica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", se encuentra aplicando de forma indebida lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ya que en primer lugar no le está aplicando el incremento del 60% al salario básico, y en segundo lugar, al afectar el valor de la prima de antigüedad con el porcentaje del 70%, conlleva a que se disminuya de forma sustancial el valor de la asignación de retiro que se encuentra devengando el exsoldado profesional LUIS AMADO TARACHE TARACHE.

Como consecuencia de lo anterior, se vislumbra que se configura otro vicio sobre el acto acusado contenido en el Oficio No. 2015-47994 del 14 de julio de 2015 (por medio del cual se negó la liquidación de la asignación de retiro del ex soldado profesional Luis Amado Tarache Tarache, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794/00 y por medio del cual además se negó, la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (acto administrativo enjuiciado), razón por la cual se ratifica la NULIDAD de dicho acto administrativo y en consecuencia se ordenará a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** que reliquide y/o reajuste la asignación de retiro del señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE a partir del 01 de Julio de 2015, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de Retiro, de conformidad con Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015), acorde con los parámetros establecidos en la liquidación que a modo ilustrativo efectuó el Despacho.

En conclusión y resumiendo las declaraciones efectuadas a lo largo de la presente providencia, este Estrado Judicial precisa que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, deberá reliquidar y pagar las diferencias que resulten en las mesadas de dicha prestación, al aplicar en debida forma lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; es decir, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% de conformidad con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (descontando los valores ya cancelados por concepto del incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la Asignación de Retiro del hoy accionante a partir del 01 de Julio de 2015, efectuado por "CREMIL" de forma autónoma y unilateral a través de Resolución No. 552 de 2018); y respetando los porcentajes y partidas estatuidas en la ley,

acorde con los parámetros delimitados por el Despacho a título ilustrativo en esta providencia; lo anterior, a partir del 01 de Julio de 2015, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de Retiro, de conformidad con Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015).

Igualmente se establece que las sumas que resulten deberán ser indexadas; así mismo, se advierte que se generaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados mes a mes acorde con la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

De donde:

Vp = Valor presente o actualizado

Vh = Valor histórico o la cifra que se actualiza

Ind. Final = el que se certifique a la fecha de la ejecutoria del fallo

Ind. Inicial = el existente a Julio de 2015.

Finalmente y acorde con los lineamientos de la sentencia de unificación ya reseñada, en concordancia con la posición del Tribunal Administrativo de Casanare, se dispondrá autorizar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", para que en virtud del principio de *Sostenibilidad Financiera de las Pensiones*, realice de manera indexada los descuentos por concepto de aportes a la seguridad social en pensiones a cargo del actor (se advierte que no procede el descuento por aportes al sistema de seguridad social en salud, porque sus objetivos ya se cumplieron), respecto del IBL que se incrementó por razón del fallo, de manera que concuerden el IBC y dicho IBL, durante la década que antecede la causación de la asignación de retiro, es decir, desde el **30/06/2005 al 30/06/2015**, sin que haya lugar a prescripción de la diferencia de aportes y sin que el demandante pueda llegar a convertirse en deudor de la pasiva; para una mejor ilustración de dicho procedimiento, se citará a continuación *in extenso*, los apartes pertinentes de la nueva línea trazada por el superior funcional⁵ al respecto, así:

⁵ Sentencia de Segunda Instancia de fecha 21 de Marzo de 2019; M.P. Néstor Trujillo González; dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, identificado con el radicado No. 850013331001-2017-00029-01 (registro interno 2018-00331), siendo demandante: FERNANDO JOSÉ OLIVEROS REYES y demandado "CREMIL".

"(...) en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado que reconoció a los soldados profesionales el derecho a devengar como remuneración básica un (1) SMLMV incrementado en el sesenta por ciento (60%), expresamente se indicó que debían contribuir al sostenimiento del sistema de pensiones con su aporte sobre las nuevas partidas computables, pero no se precisó el lapso durante el cual tengan que soportar esa carga. La regla jurisprudencial pertinente dice:

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 lugar⁶.

Luego corresponderá a los jueces de instancia extraer del rumbo que trazó el superior funcional las demás consecuencias a que haya lugar; entre ellas, la fijación del lapso durante el cual la pasiva deba realizar los pertinentes descuentos.

4.3.2.3 Esta Corporación los había ordenado por toda la vida laboral del demandante, sin profundizar en el fundamento jurídico de la tesis, con base en el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y excluida prescripción por atribuir al fallo de reconocimiento carácter constitutivo de la obligación del beneficiario de la condena.

4.3.2.4 Dicha línea se rectificó expresamente en la sentencia citada, del 23/08/2018, cuyos fundamentos abstractos se reiteran, con los efectos que previene el art. 103 de la Ley 1437, para restringir la etapa del descuento a los últimos diez (10) años que antecedan a la causación de la asignación de retiro del soldado profesional, por exactamente las mismas razones que se predicaron para los docentes, ya consignadas atrás; esto es, porque si el legislador (Ley 100, art. 21) consideró que ese es un periodo suficiente para preservar la simetría entre el IBL y el IBL de las pensiones ordinarias, en guarda de la sostenibilidad financiera del sistema, no corresponde a los jueces hacer todavía más gravosa la situación prestacional de quienes, en principio, son beneficiarios de tratamientos legales más favorables. La triada de mandatos constitucionales soporta esa opción pretoriana (sostenibilidad financiera, igualdad y favorabilidad).

Al reparo razonable que presupone acudir al art. 279 de la Ley 100, para señalar que los militares quedaron excluidos, como los docentes, del régimen de ese estatuto, basta refutar que los modelos legales generales proyectan la plenitud de sus efectos más favorables por sobre las particularidades de otros sistemas de la misma valía, que si bien pudieran ser en bloque más beneficiosos, también contienen aristas que entran en tensión con la condición más beneficiosa que el art. 53 de la Carta ordena proteger.

Esta es una de ellas: no existe en la legislación propia de la asignación de retiro, ni en la SUJ2 de 2016, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precepto que diga cuál deba el periodo de tales descuentos; está ahora en construcción una nueva subregla en virtud de la integración normativa con la norma expresa de la Ley 100 (art. 21).

4.3.2.5⁷ Resulta legítima la inquietud en torno a que se invoquen particularidades del régimen de pensiones de los docentes y la argumentación que se ofreció para reducir a una década el lapso de descuentos sobre nuevos factores del IBL que las sentencias

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez. Aclaración del 06/10/2016, de los numerales 1 y 7 de la parte resolutive, sin variación en el punto que se analiza.

⁷ La cadena de argumentación que se inicia en este ordinal responde dudas razonables que surgieron respecto de la motivación del fallo citado del 23/08/2018. En idéntico sentido ver sentencia TAC del 30/03/2018, N. Trujillo González, radicación 850013331002-2015-00473-01.

ordenan incluir, dado que entre la pensión ordinaria de los educadores y la asignación de retiro de los militares existen aspectos constitutivos de género próximo (coincidencias estructurales) y también diferencias específicas.

Lo primero que debe destacarse es la inexistencia de fallos de unificación de los órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y administrativa, lo que permite a los jueces de instancia ocuparse del conflicto y buscar las soluciones probables, superado el mito de la única correcta, razonablemente motivadas y que mejor armonicen con el sistema de principios y valores constitucionales.

Lo segundo, que si bien los jueces de segundo grado están constreñidos por el principio de congruencia que delimita su área de competencia funcional al espectro del debate trabado entre sentencia recurrida y las pertinentes apelaciones, tales límites se diluyen o atenúan considerablemente cuando deban protegerse de oficio derechos fundamentales; se trata de desplegar en toda su magnitud las potestades (que son también deberes) de guarda integral de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad, como jueces garantes de esa especie de derechos, de la cual hacen parte los sociales laborales específicamente cobijados por la protección reforzada que ordena el art. 53 de la Carta.

Lo tercero, que a pesar de la relativa autonomía de los modelos de pensiones de educadores y de militares (sus asignaciones de retiro son pensiones según la pacífica jurisprudencia constitucional), tienen en común varios aspectos relevantes para lo que se estudia: i) son derechos sociales con protección constitucional reforzada; ii) están sometidos a los deberes de solidaridad pues el pensionado debió cotizar durante su vida laboral para contribuir a la financiación de la pensión (pese al componente de subsidio estatal que ambas tienen); iii) de los dos se predica por igual sujeción al principio de sostenibilidad financiera aludido en el marco teórico que se transcribió; iv) para los dos grupos de beneficiarios opera idéntica exclusión relativa, en los términos del art. 279 de la Ley 100; y v) pese a dicha expresa exclusión, esos dos sistemas, como todos los demás especies o con particularidades, deben armonizarse y son compatibles con las reglas generales que les sean concreta y específicamente más favorables, pues la jurisprudencia constitucional ha indicado que lo especial ha de ser para introducir un plus o mejora a determinados grupos de población y por razones fundadas en la Carta, no para disminuir las garantías sociales. Es un escenario de concurrencia de principios de igualdad, favorabilidad, no regresividad y condición más beneficiosa.

4.3.2.6 Lo que se indica en el ordinal que precede explica: i) por qué el juez de segundo de grado debe desbordar el principio de congruencia y acometer de oficio la defensa del núcleo inexpugnable de un derecho fundamental; ii) por qué la asignación de retiro de los militares (que es otra especie de pensión) puede someterse a los mismos principios y valores constitucionales que se invocan frente al régimen de educadores, para determinar la simetría entre IBC e IBL, cuando los jueces ordenan incluir nuevos factores (no previstos expresamente en la ley) a dicho IBL; y iii) por qué es una solución probable constitucionalmente razonable y bien fundada, limitar el periodo de descuento de los aportes omitidos a cargo del militar retirado para contribuir a la sostenibilidad de su pensión, a la década que anteceda a su retiro definitivo, de igual manera a la que para el Sistema de Prima Media con Prestación Definida introdujo Ley 100, dado que: 1) no existe norma jurídica que expresamente resuelva la incógnita; 2) la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado que se ocupó de la problemática de remuneración durante actividad de los soldados profesionales ordenó hacer tales descuentos, pero no definió el periodo; y 3) no hay mejores razones para acudir al modelo de Ley 33 de 1985 (último año de servicios), frente a las dinámicas jurisprudenciales, que recogen cambios sociales y normativos del país, acogidas en el A.L. 1 de 2005, acerca del espectro general del principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, como una expresión del principio de solidaridad de todos los conciudadanos."

PRESCRIPCIÓN:

Conforme a las facultades otorgadas en el inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho advierte que no se encuentran prescritas ninguna de las diferencias de las mesadas de la asignación de retiro que le deben cancelar al demandante; teniendo en cuenta que desde que se hizo efectiva el reconocimiento de la Asignación de Retiro (01 de Julio de 2015) y la fecha de la reclamación administrativa (25 de Junio de 2015) no ha transcurrido el término prescriptivo contemplado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 (cuatro años); en consecuencia de lo anterior, se le deberá reajustar la Asignación de Retiro del demandante desde la misma fecha que fue efectiva tal prestación en los términos señalados en precedencia.

Ahora bien, atendiendo el principio de la *Transparencia*, este Estrado Judicial precisa y aclara que en antiguas oportunidades se venía aplicando el término prescriptivo contemplado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 (tres años); sin embargo, siguiendo la rectificación de la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Administrativo de Casanare, se adoptó la posición de modificar el término prescriptivo relacionado con las mesadas de las asignaciones de retiro de los militares, acorde con las siguientes acotaciones efectuadas por el superior funcional⁸:

*"Se trata de determinar si al reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional debe aplicarse la **prescripción trienal** prevista en el art. 43 del Decreto 4433 de 2004; o si por el contrario, frente al caso concreto cobra vigencia la **prescripción cuatrienal** de que trata el art. 174 del Decreto 1211 de 1990.*

Tesis del Tribunal. NO procede la prescripción trienal prevista en el art. 43 del Decreto 4433 de 2004 por contrariar la Constitución; ha de estarse al señalado en el estatuto de la Fuerza Pública, para el caso de soldados profesionales, el art. 174 del Decreto 1211 de 1990.

4.1 Previo recorrido por la senda del superior funcional y para rectificar algunas tensiones en la línea horizontal, la Sala estableció que el Decreto 4433 de 2004 desbordó las competencias del Gobierno e introdujo reglas contrarias a la ley de habilitación para expedirlo (923/2004), luego debía seguir subsistente el régimen originario del Decreto 1211 de 1990, lectura en la que finalmente concordaron las subsecciones laborales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; así se concluyó:

Corolario de lo expuesto lo será: i) rectificar expresamente la lectura que en ocasión pasada hizo este Tribunal, en la que se aplicó la prescripción trienal a reajustes de asignación de retiro causados antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004; ii) precisar que sin importar en qué fecha se introduzca la

⁸ Sentencia de Segunda Instancia de fecha 27 de Julio de 2017; M.P. Néstor Trujillo González; dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, identificado con el radicado No. 850013333002-2015-00314-01, siendo demandante: ÉDGAR BURGOS SÁNCHEZ y demandado "CREMIL".

petición de alguno de los emolumentos regulados por ese estatuto, la prescripción de los causados antes de su vigencia será de cuatro años; iii) agregar que la voluntad del prescribiente, a que alude el art. 41 de la Ley 153 de 1887, para determinar cuál de los términos de prescripción deberá aplicarse cuando haya tránsito de normas con alguna en curso, ha de ser preferentemente la del trabajador que pretende adquirir, en vez del empleador que intenta liberarse, en virtud de los principios de favorabilidad y pro operario. Y, iv) adoptar como premisa abstracta la de inaplicar el régimen de prescripción que introdujo el Decreto 4433 de 2004, por contrariar la Constitución, acorde con el mandato del art. 4º de la Carta y la línea jurisprudencial de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ya reseñada⁹.

4.2 En la sentencia de unificación ya citada¹⁰, además de despejar los problemas jurídicos relativos al régimen salarial de los soldados profesionales, a partir del 1º de noviembre de 2003, que impacta el IBL de la asignación de retiro, el Consejo de Estado precisó los alcances de ese fallo y lo que atañe a prescripción, según la siguiente regla pretoriana obligatoria:

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 10¹¹ y 174¹² de los Decretos 2728 de 1968¹³ y 1211 de 1990,¹⁴ respectivamente."*

Costas y Agencias en Derecho:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes del superior funcional¹⁵ y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso y que presentó y sustentó su tesis jurídica de manera seria, no es legalmente dable la condena

⁹ TAC. Sentencia del 07/05/2013, N. Trujillo, radicación 850013333001-2012-00008-01. Desde entonces se sigue pacíficamente esa opción interpretativa.

¹⁰ C.E. S2 (Pleno), SUJ2 del 25/08/2016, S.L. Ibarra, radicación 85001333300220130006001.

¹¹ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹² 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.

¹³ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

¹⁴ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

¹⁵ Tesis del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendiveslo Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

en costas; igualmente, este mismo discernimiento ha sido aplicado para resolver las solicitudes de agencias en derecho, motivo por el cual también se negará su procedencia al no evidenciarse una conducta temeraria proveniente de la parte demandada.

Por lo anteriormente reseñado, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare - Sistema Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 2015-47994 del 14 de julio de 2015 (por medio del cual se negó la liquidación de la asignación de retiro del ex soldado profesional Luis Amado Tarache Tarache, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794/00 y por medio del cual además se negó, la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", acorde con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" para que efectúe la reliquidación, reajuste y pago de la Asignación de Retiro del señor LUIS AMADO TARACHE TARACHE, identificado con C.C. No. 7.363.942, a partir del 01 de Julio de 2015, (fecha en que se hizo efectiva la primera mesada de la Asignación de Retiro, de conformidad con Resolución No. 3852 del 12 de Mayo de 2015), acorde con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia y principalmente siguiendo los siguientes parámetros:

a) El salario básico del respectivo año deberá ser incrementado acorde con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; es decir, aplicando el salario mínimo legal vigente del respectivo año, incrementado en un sesenta por ciento (60%).

b) Deberá dar estricta aplicación a lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el sentido de aplicar el 70% **exclusivamente** sobre la sumatoria de las siguientes partidas: el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año, incrementado en un 60%.

Así las cosas, la operación matemática quedará distribuida de la siguiente manera:

Salario básico (equivalente al s.m.m.l.v. del respectivo año) incrementado en un 60% (de conformidad con el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000); a dicha sumatoria se le debe sacar el 70% (contemplado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004); y a dicha suma se le debe adicionar el 38,5% de la Prima de Antigüedad (calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengaba el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro) y el 70% del subsidio familiar que se encontraba devengando en actividad (25% de conformidad con el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014), tal y como fue reconocido en la Resolución No. 9743 del 04 de diciembre de 2015 (Por la cual adiciona la Resolución N° 3852 del 12 de mayo de 2015 y se ordena el aumento de la partida de subsidio familiar dentro de la asignación de Retiro del señor Luis Amado Tarache Tarache); el resultado de esta última operación será el monto final de la asignación de retiro del demandante. Para una mayor ilustración se deberá acudir a la liquidación a modo de ejemplo efectuada por el Despacho en la parte considerativa de esta providencia.

De igual forma, deberán descontarse las sumas canceladas por concepto del incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la Asignación de Retiro del hoy accionante a partir del 01 de Julio de 2015, efectuado por "CREMIL" de forma autónoma y unilateral a través de Resolución No. 552 de 2018.

Se advierte que las sumas que resulten deberán ser indexadas; así mismo, se advierte que se generaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados mes a mes acorde con la fórmula señalada en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción a cargo del demandante LUIS AMADO TARACHE TARACHE, por concepto de aportes a la seguridad social en pensiones, sin prescripción alguna (pero con la limitación de la década que antecede a la causación del derecho a la asignación de retiro) y sin convertir al demandante en deudor de la pasiva, en los términos y con las limitaciones señaladas en esta sentencia.

CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: No condenar en costas ni agencias en derecho, de conformidad con lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

OCTAVO: Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

NOVENO: Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO: Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, previa acreditación de su cumplimiento, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUBIER ANÍBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez


JUZGADO SEGUNDO
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
YOPAL

La anterior providencia se notificó por anotación en el estado electrónico núm. 43 el día 26 de noviembre de 2019, siendo las 7:00 a.m.

Secretaria



