



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 096 / 16

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN	13-001-33-33-012-2015-00115-00
DEMANDANTE	GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA
DEMANDADO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS ARMADAS - CREMIL
ASUNTO	RELIQUIDACION DE ASIGNACION DE RETIRO CON LA INCLUSIÓN DE TODAS LAS PARTIDAS SALARIALES DEVENGADAS

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA, por intermedio de apoderado judicial, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita el apoderado de la parte actora que se declare la nulidad del oficio No. 0034475 del 27 de mayo de 2014, por medio del cual la entidad demandada da respuesta desfavorable a la petición radicada bajo el No. 46890 el 6 de mayo de 2014.

Se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por violar el principio constitucional de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada a la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la debida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem y artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Condenar a la demandada a la reliquidación de la asignación de retiro del actor, incluyéndose en la misma todos los factores salariales devengados por el actor al momento de su retiro, tales como: subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual y demás primas, bonificaciones, subsidios y auxilios devengados por el demandante.

Condenar a la demandada a que haga el reajuste del valor de la mesada de retiro, desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento y ordenó el pago de la asignación de retiro, hasta que se efectúe la inclusión en nómina de la asignación reliquidada. Se condene además a la accionada al pago de las diferencias debidamente indexadas, con los respectivos intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley.

Se condene en costas a la parte demandada y se dé cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA.

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en la demanda, pueden resumirse de la siguiente manera:

Relata el apoderado de la parte demandante que el actor es infante de marina retirado, con asignación de retiro reconocida mediante Resolución No. 5059 del 14 de octubre de 2011.

Considera que en la liquidación de su asignación de retiro se aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, toda vez que se incurrió en grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le aplicó un doble porcentaje causándole perjuicio al demandante.

Además de lo anterior, manifiesta que al actor se le debieron tener en cuenta al momento de liquidar su asignación de retiro, todos los factores salariales que el demandante percibió hasta el momento de su retiro, como un derecho adquirido que forma parte de su salario.

También afirma que al demandante, para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, se le debió tener en cuenta el salario establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% como por interpretación y aplicación errónea de la norma se hizo.

Finalmente, expone que el 6 de mayo de 2014 se presentó petición en la cual se solicitaba el reconocimiento, liquidación y pago de la liquidación sobre la asignación de retiro del demandante, por la indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. ídem, incluyéndose en el salario base de liquidación el subsidio familiar, la prima de navidad y demás primas, bonificaciones, subsidios, auxilios y compensaciones devengados al momento del retiro; pero que mediante Oficio No. 0034475 del 27 de mayo de 2014 la entidad demandada negó lo solicitado.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa la parte demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Como normas violadas señala las siguientes: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; la Ley 6 de 1945, los artículos 4 y 10 de la Ley 4 de 1966, el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 923 de 2004; Ley 21 de 1982; Decreto 4433 de 2004; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; Ley 62 de 1985; Ley 812 de 2003; Concepto 34332 emitido por la Comisión Nacional del Sévicio Civil; Sentencia C-432 del 2004.

Considera el apoderado de la parte demandante que el Despacho al momento de proferir sentencia debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial que al respecto ha sentado tanto el Consejo de Estado como diversos Tribunales



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

3

Administrativos y Juzgados del país. En este sentido, destaca varios pronunciamientos proferidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre los cuales se encuentra, la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-9), que ordena incluir los factores devengados por el trabajador en la liquidación de la pensión.

Manifiesta que al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro no se incluyó la partida computable del subsidio familiar y los demás factores salariales devengados por el actor al momento de su desvinculación, como se les efectúa a los demás funcionarios de la Fuerza Pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad y, por ende, considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

Señala además que lo anterior, evidencia un trato discriminatorio como quiera que sin mediar una justificación objetiva y razonable, excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por su parte la entidad demandada CREMIL en la contestación de la demanda (fl. 40 a 45), manifiesta que el inciso 3 del artículo 217 de la Constitución Política autoriza al legislador a confeccionar un régimen de carrera, prestacional y disciplinario especial para los miembros de la Fuerza Pública, encontrándose actualmente vigente el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

En este orden de ideas, considera que no existe fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en el caso de soldados profesionales. Asimismo, precisa que solo hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año, se le dio oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro y en dicha norma se indica en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales solo se encuentran la acreditación del tiempo de servicios de 20 años; la cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y el porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.

Arguye que CREMIL aplica lo consagrado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en lo referente a las partidas computables, entre las cuales no se encuentra como una de estas el subsidio familiar.

En lo atinente a la vulneración del derecho a la igualdad, estima que tal derecho no se encuentra vulnerado, en la medida en que fue el legislador quien estableció los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra vigente y a la Caja de Retiro le está vedado efectuar interpretaciones de estas normas o hacerlas extensivas para el personal para el cual no fueron establecidas.

En definitiva, la demanda propone como excepciones las siguientes:

- Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes

- Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, primas, bonificaciones, auxilios, compensaciones y demás devengado en servicio activo.
- No configuración a la violación de derecho a la igualdad
- Prescripción del derecho

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

CREMIL presenta alegaciones de conclusión el día 1 de junio de 2016 (fl. 130 a 140), en donde reitera que no existe fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en el caso de los soldados profesionales. Asimismo, reitera que la entidad demandada aplica la normatividad vigente en relación con el reconocimiento de las asignaciones de retiro, ajustándose de manera estricta a las partidas computables, entre las cuales no se encuentra el subsidio familiar.

En este orden de ideas, considera que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar como una de las partidas computables, esto sin que se hubiere controvertido dicho acto administrativo y, por ende, el actor debió haberse dirigido a la autoridad administrativa respectiva, en este caso el Ministerio de Defensa, y no pretender que CREMIL asuma una carga que no le corresponde.

Por su parte, la parte accionante presenta alegaciones finales el día 8 de junio (fls. 142 al 148), en donde señala que el precedente jurisprudencial elaborado por distintas corporaciones, entre ellas, el Consejo de Estado, es claro en el sentido de incluir emolumentos como primas de productividad, navidad y vacaciones en la liquidación de diversas pensiones.

Por otro lado, señala que con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas, es evidente que para la cuantía de las pensiones de los servidores públicos se deben tener en cuenta todas las sumas que constituyen salario, esto independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación o prima técnica, entre otras.

Asimismo, pone de presente que la fórmula establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 13.2.1 de este mismo decreto, fue empleada de manera errónea por la entidad demandada, que aplicó un doble descuento a la asignación de retiro.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente trámite procesal.

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue repartida el día 15 de febrero de 2015 (fl. 25), correspondiéndole el negocio al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena que la admitió mediante auto de fecha 25 de marzo de 2015. (fls. 37 al 39).

La demanda es notificada a los sujetos procesales el día 5 de agosto de 2015 (fl. 37).



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

5

Mediante auto de fecha 1 de noviembre de 2015 se fija el día 1 de marzo de 2016 a las 10:30 a.m. (fl. 97 -98), para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. Posteriormente se verifica la audiencia de pruebas el día 20 de abril de 2016 (fl. 113) con una segunda sesión el día 24 de mayo del mismo año (fl. 129), diligencia en la cual se corre traslado para la presentación de alegaciones de conclusión y concepto del Ministerio Público.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y siendo este despacho el competente, en virtud del numeral 2 del artículo 155 del CPACA, y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el Despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto.

EL PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico provisional que fue fijado en la audiencia es el siguiente:

“(...) determinar si al demandante le asiste el derecho al reajuste y reliquidación de asignación de retiro con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de su retiro como subsidio familiar, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicio anual y demás primas, bonificaciones, auxilios y compensaciones.”

Ahora bien, es menester señalar que la fijación del problema jurídico en la audiencia inicial no ata ni al juez ni a las partes, pues su finalidad es únicamente la de servir de guía o ilustración frente a la controversia objeto de estudio.

En efecto, en el libro de *“La audiencia inicial – experiencias procesales”*¹, se consignaron las siguientes conclusiones:

“A fortiori, la fijación del problema o problemas jurídicos en ningún caso puede atar al juez o las partes, porque algunos de ellos, a veces, surgen con posterioridad, v. gr. del recaudo de la prueba, o de un nuevo precedente judicial. De allí que es recomendable que el juez sea enfático en advertir que la mención del problema jurídico en la audiencia inicial se hace a título de ilustración o guía, y no tiene fuerza vinculante.”

Aclarado lo anterior, se advierte que a partir del escrito de demanda y de los alegatos finales, al Despacho le corresponde determinar lo siguiente:

1. Si se debe inaplicar por inconstitucionalidad el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y con ello disponer la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión del subsidio familiar, como partida computable.

¹ Cfr. *“La audiencia inicial – experiencias procesales”*. Autor: William Hernández Gómez. Auspiciado por el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Consultado: <http://www.tribunaladministrativoantioquia.info/wp-content/uploads/2014/11/LIBRO-AUDIENCIA-INICIAL.pdf>

2. Si en la mencionada reliquidación, se debe incluir además los factores salariales denominados prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio anual, los cuales fueron devengados por el actor al momento de su retiro.
3. Si la parte demandada incurrió en una indebida inaplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo previsto en el artículo 13.2.1 de la misma disposición y el inciso segundo del decreto 1794 de 2000, al afectar doblemente la prima de antigüedad.
4. Si la entidad demandada dejó de aplicar lo establecido en el párrafo 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al incrementar el salario mínimo legal mensual vigente del actor en un 40%, desconociendo que la norma contempla un incremento del 60%.

TESIS DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta lo señalado en el marco normativo y en consideración a las pretensiones de la demanda, encuentra el despacho que en el presente asunto, las pretensiones están llamadas a prosperar parcialmente, toda vez que, atendiendo lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 13, referente al derecho a la igualdad, no aparece razonable que a los soldados profesionales no se les haya incluido el subsidio familiar como partida computable para liquidar o establecer el monto de la asignación de retiro, cuando son los de menores ingresos en la escala salarial de la Fuerza Pública.

No ocurre lo mismo en lo referente a la inclusión de los factores salariales denominados prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio anual, por lo que las pretensiones en este sentido serán denegadas. Igualmente es necesario señalar que la forma como la entidad demandada efectuó el cálculo de la asignación de retiro del accionante, se aparta de la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, afectando sus intereses, en la medida en que conllevó a la determinación de una asignación inferior a la que tiene derecho y que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que corresponde al incremento de la asignación básica de un 40% al 60% del salario mínimo legal mensual.

MARCO NORMATIVO

La Constitución Política dispone:

“Artículo 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

7

DEL SUBSIDIO FAMILIAR:

El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad, tal y como lo define el artículo 1° de la Ley 21 de 1982.

Es claro que se trata de una prestación o partida cuyo propósito es el de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas -cónyuge o compañera(o) e hijos- que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero.

REGÍMENES SALARIALES Y PENSIONALES APLICABLES A LOS INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

Inicialmente se advierte que de conformidad con el artículo 216 de la Carta Política, la Fuerza Pública en nuestro país se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional.

A su turno, de acuerdo con el artículo 217 constitucional, las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en debate, en tanto que el actor laboró en la Armada, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

El legislador mediante la Ley 4ª de 1992 fijó el marco bajo el cual el Gobierno Nacional dispondría lo concerniente al régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Entre los criterios para fijar tal régimen, el legislador dispuso lo siguiente:

“Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...)

j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño”

Así, el régimen de carrera y salarial para soldados profesionales de las Fuerzas Militares es el establecido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES

Se concibe la asignación de retiro para los infantes de marina y soldados profesionales como aquella prestación económica pagadera mensualmente después del retiro, al soldado o infante que cumpla determinados requisitos. En cuanto a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la H. Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 determinó que la asignación de retiro es de

naturaleza prestacional y se asimila a la pensión de vejez, su objetivo primordialmente es beneficiar a los integrantes de la Fuerza Pública, con un tratamiento diferencial que mejore sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

El llamado principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social fue instaurado por el Acto Legislativo número 1 de 2005, al ordenar que *“Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”*. Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005.

El artículo 48 de la C.P. que consagra el derecho a la seguridad social, dispone entre sus principios básicos la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y para tal efecto exige que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. En virtud a esta norma, se reconoce a nivel constitucional la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, que permite entre otras cosas el pago futuro de las pensiones a cargo de dicho sistema.

La Ley 923 de 2004 señaló las normas, objetivos y criterios que debió observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública.

Entre los principios que estableció el legislador para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública se encuentra el de responsabilidad financiera. Así mismo entre los elementos mínimos a tener en cuenta para el régimen de asignación de retiro es que el *“aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación”*.

Con relación a ello, a su vez la ley dispone que *“las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.”*

A su vez en el artículo 13 del Decreto estableció las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, las cuales son el salario mensual y la prima de antigüedad, en la proporción que determine la ley.

En el artículo 18 del mismo Decreto se señalan los aportes que deben realizar los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, los cuales son unos porcentajes sobre el salario mensual y la prima de antigüedad.

Los militares que se desempeñan como soldados profesionales en las distintas Fuerzas a saber: Ejército Nacional, Armada Nacional y Fuerza Aérea, devengan



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

9

como contraprestación a los servicios prestados, es decir, como salario o asignación salarial, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, según lo dispone el Decreto 1794 de 2000, el cual estableció el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de la fuerza pública. Como una manera de proteger y garantizar al militar denominado soldado voluntario que se pasó al nuevo régimen salarial, se estableció en esa misma norma que ellos devengarían un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

DEL SUBSIDIO FAMILIAR PARA LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES

En lo concerniente a este auxilio, en tratándose de los soldados profesionales no fue sino hasta la expedición del Decreto 1211 de 1990 que se estableció para estos servidores esta prestación, equivalente al 4 por ciento del salario básico y de la prima antigüedad².

Luego, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el cual los definió en su artículo 1º, así:

“Artículo 1. “SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

Por su parte, el artículo 38 que trata el régimen salarial y prestacional dispuso:

“Artículo 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. “El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

En desarrollo del precepto legal, el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales se estableció por el Gobierno nacional mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40 %, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

En cuanto al régimen pensional de los soldados, se profirió el Decreto 4433 de 2004, fijando el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública, incluyendo a los soldados profesionales.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 09 de noviembre de 2011, expediente 2006-117.

Dicho decreto, establece en su artículo 16, la asignación de retiro para soldados profesionales en estas condiciones:

“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.”

De igual forma, el canon en mención en el artículo 13.2, estipula las partidas computables para liquidar dicha prestación en el caso de los soldados profesionales:

“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.”

En cuanto al subsidio familiar prevé el artículo 5º del Decreto 4433 de 2004 que:

“Artículo 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.”

En un asunto, similar al que hoy nos ocupa³ la Sección Segunda del Consejo de Estado, señaló:

“Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales “(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.”, es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp. 11001-03-15-000-2013-01821-00 C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

11

Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

*En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; **también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad**, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.” (Negrillas fuera del texto)*

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Bolívar⁴ expuso similares argumentos, de la siguiente manera:

“La Sala comparte los argumentos expuestos en la providencia antes transcrita, y valora que el subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como una prestación social derivada del derecho fundamental a la seguridad social que, en Colombia, ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios más bajos y los más altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar”

EL CASO CONCRETO

Revisado el material probatorio obrante en el expediente, se tiene que el señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA estuvo vinculado a la Armada Nacional como soldado regular desde el 1º de febrero de 1990 hasta el 31 de julio de 1991, como infante voluntario desde el 1º de agosto de 1991 hasta el 13 de agosto de 2003 y como infante de marina profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 30 de junio de 2011. (fl. 55-56)

Asimismo, se advierte que a folios 70 (reverso) y 71 del expediente reposa copia de la Resolución No. 5059 de 14 de octubre de 2011, por medio de la cual se le reconoció al actor una asignación de retiro, tomando en cuenta para su liquidación el 70% del salario mensual, de conformidad con el numeral 13.2.1. del Decreto

⁴ Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia del 27/11/2014, Rad. 2013-259-01

4433 de 2004 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794) y el 38.5% de la prima de antigüedad.

Siguiendo con el estudio del acervo probatorio, se observa que en la hoja de servicios del actor, la cual obra a folio 55, se tuvo en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro las siguientes partidas:

SUELDO BASICO	\$749.840,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$438.656,00

Por otro lado, se observa también en la hoja de servicios, que el accionante devengó como haberes en la última nomina (Junio/2011), los siguientes emolumentos: (fl. 55)

SUELDO BASICO	\$749.840,00
SUBSIDIO FAMILIAR	\$468.650,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	\$438.656,00
BONIFICACIÓN DE DRAGONIANTE	\$32.484,00
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	\$10.116,00
TOTAL	\$1.699.746,40

ANALISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA LOS ACTOS ACUSADOS

Inaplicación por inconstitucionalidad del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2014 y reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de todos los factores salariales devengados al momento del retiro del servicio

En este punto corresponde establecer si al actor, en su condición de soldado profesional, le asiste el derecho a que su asignación de retiro le sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de su retiro, entre ellas, el subsidio familiar.

A fin de resolver sobre el particular, es menester señalar en primer término que el subsidio familiar es una prestación social⁵ concebida en favor de los trabajadores que tengan un nivel de ingreso bajo, a fin de que puedan satisfacer las necesidades básicas de su núcleo familiar (alimentación, vestido, estudio, etc).⁶

Esta prestación está prevista para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía que se encuentren en servicio activo⁷ y constituye un factor salarial que se debe tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro y pensiones (invalidez y sobrevivientes) de oficiales y suboficiales de dicho personal.⁸

Para los soldados profesionales en servicio activo esta prestación económica se consagró inicialmente en el Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

⁵ Ley 21 de 1982. "Artículo 1. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad."

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Decreto 1211 de 1990, artículos 79 a 84; artículos 82 a 86 del Decreto 1212 de 1990 y 46 a 50 del Decreto 1213 de 1990.

⁸ Decreto 1211 de 1990, artículos 158 y 161; artículo 140 y 150 del Decreto 1212 de 1990; 100 y 109 del Decreto 1213 de 1990. Decreto 4433 de 2004 y la Ley 923 de 2004.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

13

“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.”

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009. Sin embargo, se dejó a salvo esta prestación para aquellos soldados e infantes de marina profesionales que se encontraban devengando en la fecha en que entró en vigencia este decreto, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO 1. 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.

PARÁGRAFO 2. Aclárase 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.”

En lo atinente al régimen profesional, encontramos que el Decreto 4433 de 2004 fijó una asignación de retiro para los soldados profesionales y las partidas computables para liquidar dicha prestación, a saber:

“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:

(...)

3.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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.

(...)

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.”

Como puede observarse, respecto de los soldados e infantes de marina profesionales ni el subsidio familiar ni ningún otro emolumento, como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.

En cuanto al subsidio familiar es evidente que existe un trato diferente, pues para los demás uniformados de las Fuerzas Militares y de Policía sí se consagró este emolumento como uno de los factores computables para la liquidación de sus asignaciones de retiro y pensiones (invalidez y sobrevivientes).⁹

Acorde con lo anteriormente expuesto, fuerza concluir que en materia pensional existe un trato discriminatorio entre el personal uniformado de las Fuerzas Militares, esto es, entre oficiales, suboficiales y los soldados profesionales, pues no existe justificación razonable para que el beneficio que nos ocupa solo se les reconozca a estos últimos mientras se encuentre en servicio activo, pero se excluya para efectos de liquidación de la asignación de retiro. Sin embargo, los oficiales y suboficiales de la misma institución lo devengan en actividad y se les computa como factor de liquidación de su asignación de retiro.

En este orden de ideas, se debe hacer hincapié en que la referida diferenciación no consulta los objetivos específicos del subsidio familiar, cuales son, dar protección al núcleo familiar, en la medida que busca que los trabajadores con ingresos bajos puedan atender las cargas económicas que representa su sostenimiento, quienes en la escala salarial de la Fuerza Pública, son precisamente los soldados profesionales.

Lo anterior, es consecuente con el precedente jurisprudencial que sobre el particular ha expuesto la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, de la siguiente manera:

“(…) En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

⁹ “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:

(…)

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de tutela de fecha 17 de octubre de 2013. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz. Rad. 11001-03-15-000-2013-01821-00.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

15

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, (...) en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita. (...)

El anterior, criterio jurisprudencial fue también objeto de estudio por la Sección Primera del Consejo de Estado¹¹, que al conocer de una acción de tutela que atacaba una providencia judicial que desconoció ese mismo precedente, señaló:

“La regla que subyace en la sentencia que se invoca como precedente obligatorio es la siguiente:

Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.

Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.”

De lo anterior, se colige que no resulta válida la distinción establecida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y que la misma comporta una evidente vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Ahora bien, respecto de los demás factores salariales denominados prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio anual, los cuales devengó el actor hasta el momento su retiro, la situación es distinta.

En efecto, aun cuando se ha podido establecer que la no inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro resulta una medida discriminatoria e injustificada, también es cierto que este raciocinio se deriva de la naturaleza específica de este emolumento, con lo cual no se está vetando el principio de libre configuración de la ley por parte del legislador.

¹¹ Este criterio fue igualmente reiterado en sentencia de tutela de 29 de abril de 2015, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Rad. 11001-03-15-000-2015-00380-00.

En este sentido, el Despacho considera que la no inclusión de otras partidas como computables dentro de las asignaciones de retiro, no comporta violación de derecho fundamental alguno y es consecuente con lo plasmado por el legislador en el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que buscó excluir de la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales todas aquellas partidas no previstas en el mencionado artículo.

Asimismo, se advierte que como fundamento de esta pretensión específica la parte demandante acude a varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado¹², entre otras corporaciones, a efectos de demostrar que en asuntos similares se ha dispuesto la reliquidación de las asignaciones de retiro, no solamente con la inclusión del subsidio familiar sino también con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento del retiro.

No obstante, se debe señalar que de la lectura de tales providencias se advierte que estas se refieren no al régimen salarial y pensional que nos ocupa, sino que trata de regímenes completamente distintos y, por ende, no puede considerarse que tales pronunciamientos constituyan antecedentes relevantes dentro del asunto que nos ocupa.

Aclarado lo anterior, se advierte que con base en el acervo probatorio se evidencia que el actor en su condición de infante de marina profesional, le fue reconocida una asignación de retiro mediante Resolución 5059 de 14 de octubre de 2011, con efectos a partir del 30 de septiembre del mismo año.

Del contenido del acto de reconocimiento y de la hoja de servicios obrantes a folios 55 y 56 del expediente, se desprende que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro se tuvo en cuenta únicamente el salario mensual y la prima de antigüedad.

Asimismo, se encuentra probado que el demandante para la fecha en que entró a regir el Decreto 3770 de 2009 (30 de septiembre) se encontraba devengando el subsidio familiar, por lo tanto adquirió el derecho a continuar percibiéndolo, tal como ocurrió hasta el momento de su retiro.

Así las cosas, el Despacho considera procedente que se inaplique por inconstitucional el artículo 13, numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004, reconociendo al actor el derecho a que el subsidio familiar devengado en actividad se incluya como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.

En este orden de ideas, habrá de declararse la nulidad de los actos acusados en cuanto negaron la inclusión de subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro del actor y en consecuencia de ordenará su reliquidación, incluyendo dicha partida, a partir del 30 de septiembre de 2011, fecha en que se consolidó su derecho pensional.

Indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo previsto en el artículo 13.2.1. de la misma disposición y

¹² Verbigracia. Consejo de Estado. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Exp. 250002325000200607509-01 (0112-09). M.P. Víctor Hernando Alvarado Arcila; Consejo de Estado. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Exp. 11001-03-06-000-2011-00049-00 (2069). M.P. William Zambrano Cetina; Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 30 de abril de 2013. M.P. Luceni Rojas Conde. Exp. 2011-00093-01. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 11 de noviembre de 2011. M.P. Carmen Alicia Rengifo.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

17

el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, al afectar doblemente la prima de antigüedad

Analizando el cargo que nos ocupa, se advierte que el cuestionario se centra en el procedimiento empleado por la entidad demandada para incorporar la prima de antigüedad como factor computable para la asignación de retiro, por considerar que la demandada interpretó erróneamente el artículo 16 del Decreto 1794 de 2000, conllevando a que la referida prima se vea afectada por un doble descuento, del 38.5% y del 70%.

Para efectos de resolver sobre este punto, se debe analizar la normatividad que regula el tema objeto de controversia.

Al respecto, encontramos que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, contempla:

“Artículo 16. Asignación de retiro para los 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 el 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.” (Subrayado fuera del texto)

De otra parte, de conformidad con lo establecido en los artículos 13, numeral 13.2.1. del Decreto 4433 de 2004¹³ y 1 del Decreto 1794 de 2000¹⁴, el salario como partida computable para la asignación de retiro de soldados profesionales equivale al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% o 60%, dependiendo de la fecha de vinculación.

A partir de las anteriores disposiciones se tiene que para liquidar la asignación de retiro se debe aplicar el 70% sobre la liquidación básica y el resultado así obtenido debe adicionársele la prima de antigüedad.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha plasmado la forma correcta como deben interpretarse las citadas disposiciones, en los siguientes términos:

¹³ “Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

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

¹⁴ “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%).”

“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo...”¹⁵ (Subrayado fuera del texto)

Tenemos entonces, que el cálculo previsto en el artículo 16 en comento, conforme al criterio fijado por el Consejo de Estado, debió efectuarse de la siguiente forma:

SUELDO BASICO				\$749.840,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5%)				\$288.688.4
ASIGNACIÓN BASICA	=	(749.840 X 70%)	+	288.688.4
	=	524.8888	+	288.688.4
	=	813.576.4		

Comparado el anterior cálculo con el efectuado por la entidad demanda, tenemos que la asignación de retiro se liquidó de la siguiente forma (fl.83):

SUELDO BASICO				\$749.840,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5%)				\$288.688.4
ASIGNACIÓN BASICA	=	(749.840 +288.688.4) X 70%		
	=	1.038.528.4 X 70%		
	=	726.970		

A partir de lo anterior se tiene que la forma como la entidad demandada efectuó el cálculo de la asignación de retiro del accionante, se aparta de la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, afectando sus intereses, en la medida en que conllevó a la determinación de una asignación inferior a la que tiene derecho.

Así las cosas, habrá de concluirse que en el caso que nos ocupa, respecto de los actos acusados se configuró una causal de indebida interpretación de las normas en que debía fundarse, lo cual justifica que se declare su nulidad, en lo atinente a

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Fallo de tutela del 11 de diciembre de 2014. Consejera Ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Expediente núm. 2014-02292-01.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

19

la negativa de reliquidar la asignación de retiro del accionante en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Falta de aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al incrementar el salario mínimo legal vigente en un 40%, desconociendo que la norma contempla un incremento del 60%.

Como puede apreciarse del cargo propuesto, lo pretendido por el accionante es la modificación de una de las partidas computables para determinar la asignación de retiro del actor, específicamente, la asignación básica que devengó en actividad.

Al respecto, se advierte que la entidad demandada carece de competencia para modificar las asignaciones salariales, pues conforme con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004¹⁶, su labor se circunscribe a la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

De lo anterior se deduce que la competencia de la demandada se restringe a la liquidación de asignaciones de retiro y, por ende no está facultada para resolver solicitudes como la que nos ocupa, dado que la misma conlleva a la modificación de una de las partidas computables para tales efectos.

En este orden de ideas, es evidente la falta de legitimación en la causa de la demanda, en cuanto toca a la pretensión del accionante encaminada a que se reliquide su asignación de retiro para efectos de modificar su asignación básica, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, por lo que habrá de negarse la misma.¹⁷

SOBRE LA PRESCRIPCION TRIENAL

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2014 estipula que *“las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles”*.

¹⁶ “Artículo 3°. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.10. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

(...)

¹⁷ “En efecto, el tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, mas no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normativa citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para atender las reclamaciones relacionadas con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares.

La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares.” (Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 29 de abril de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2015-00380-00).

En este punto, es menester señalar que al accionante se le reconoció su asignación de retiro a través de la Resolución No. 5059 del 14 de octubre de 2011, y que el acto cuya nulidad se pretende se produjo con ocasión de una reclamación administrativa radicada por el demandante el día 6 de mayo de 2014.

En este orden de ideas, es evidente que entre el reconocimiento de la asignación de retiro (14 de octubre de 2011) y la fecha en que se radica la reclamación administrativa cuya respuesta es objeto de estudio en el presente proceso (6 de mayo de 2014), transcurrió un término menor de tres años y, por ende, es evidente que en el presente caso no hay lugar a declarar la prescripción de ningún derecho.

DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Teniendo en cuenta que el Despacho accederá a declarar la nulidad de los actos acusados en los términos antes indicados, corresponde señalar las medidas que deberán adoptarse para restablecer los derechos del accionante.

En este orden de ideas, se ordenará a la demandada que reliquide la asignación de retiro del accionante a partir del 30 de septiembre de 2011, para lo cual deberá aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en la forma prevista en la presente providencia e incluir el subsidio familiar como partida computable.

Se condenará además a la demanda a pagar al actor las diferencias resultantes como resultado de la reliquidación de la asignación de retiro. Al monto de la condena se le aplicarán los ajustes de valor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Dela suma a pagar a pagar, la entidad demandada deberá descontar los aportes que legalmente le corresponde asumir al accionante, respecto de los mayores valores a reconocer.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho se



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RAD. 13-001-33-33-012-2015-00115-00

21

abstendrá de condenar en costas, pues las pretensiones de la demanda han prosperado de manera parcial, en la medida en que algunas prosperan pero el Despacho denegará lo relacionado con la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión de los factores salariales denominados prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio anual e incremento de asignación básica.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte¹⁸, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR la pretensión encaminada a la reliquidación de la asignación básica devengada en actividad por el señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA, por encontrar probada la falta de legitimación de la entidad demandada, respecto de tal pretensión.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del oficio No. 0034475 del 27 de mayo de 2014, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto a la decisión de negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro y la reliquidación de la prima de antigüedad en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, ORDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo siguiente:

- **Reliquidar** la asignación de retiro del señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA para efectos de incluir el subsidio familiar como partida computable, en los términos señalados en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.
- **Reliquidar** la asignación de retiro aplicando el artículo 16 del Decreto 4333 de 2004, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA, el valor resultante de la reliquidación ordenada en el numeral anterior, desde el 30 de septiembre de 2011.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

¹⁸ Ver folio 32 del expediente.

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de vejez cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

QUINTO: De la suma a pagar al señor GUSTAVO CARDENAS OLASCOAGA, la entidad demandada deberá descontar los aportes en salud y demás descuentos legales respecto de los mayores valores pagados.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Devuélvase a la parte demandante el remanente existente en este proceso, tal como consta en su respectiva liquidación en la caratula del expediente, pero previa solicitud, la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800), previa deducción de los gastos que ocasione dicha devolución.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST
Jueza