TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso	: 81001 3331 001 2016 00372 01
Medio de control	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	: José Ciro Tumay Cachay
Demandado	: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil-
Providencia	: Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual se accedió a dos de las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

José Ciro Tumay Cachay instauró demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- (fl. 1-23), en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El Juzgado vinculó al Ejército Nacional.

Dentro de los **hechos** que se invocan, señala que la Caja le viene liquidando la asignación de retiro en forma equivocada en cuatro aspectos: Toma el 38.5% y adiciona el sueldo básico y al total le aplica el 70%, con lo que a la prima de antigüedad se afecta en un doble porcentaje; asume el salario mínimo más el 40% cuando debe ser con el 60%; reconoció el subsidio familiar pero en el 30%; y no incluyó la duodécima parte de la prima de navidad.

Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del acto administrativo 32246 del 16 de mayo de 2016, mediante el cual se negó a corregir la liquidación de la asignación de retiro, y como consecuencia, se le ordene hacerlo en los aspectos que pide, entre otras.

En respaldo de las pretensiones, presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42-44, 48, 53, 93 y 150), el CPACA, las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004; y los Decretos 1793 y 1794 de 2000, 4433 de 2004 y 116 de 2014 y convenciones internacionales; y como **concepto de la violación**, manifiesta que el acto administrativo demandado se acusa de ser irregular, con falsa motivación, viola las normas citadas; se refiere al reajuste del 20%, a la

liquidación de la asignación de retiro, al subsidio familiar, y a la duodécima parte de la prima de navidad.

2. La contestación de la demanda

2.1. La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda (fl. 56-78); se opone a las condenas pedidas, acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo y a los demás se opone, por cuanto dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto **L**ey 1211 de 1990. Y se refiere a la legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja, la correcta aplicación de las disposiciones vigentes, a la forma de liquidar la asignación de retiro, la existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar, a la carencia de fundamento para incluir la duodécima parte de la prima de navidad, la no configuración de violación al derecho a la igualdad, ni la falsa motivación, ni de causal de nulidad, y a las costas.

Presenta como excepción, la de *"falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del reajuste al 60%"*.

2.2. El Ejército Nacional, vinculado al proceso, en su escrito (fl. 41-55) se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto el acto administrativo demandado no adolece de alguna nulidad ya que las afirmaciones no son ciertas, y se pronuncia frente a cada uno de los hechos. Propone las excepciones de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"falta de competencia"*, *"ineptitud de la demanda"* y *"prescripción"*.

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 22 de agosto de 2018 (fl. 96-111), declaró la nulidad del oficio demandado y accedió a las pretensiones de aplicación de la fórmula del 70% más el 38.5% y de la inclusión del subsidio familiar, y negó los otros conceptos pedidos.

Expuso que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida tomando el 70% del salario devengado, y a este resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; sobre el reajuste del 20% expresa que ya se reconoció en la Hoja de servicios por el Ministerio de Defensa.

Frente a la duodécima parte de la prima de navidad, no lo ordena porque a la fecha de retiro no se percibía, y respecto de la inclusión del subsidio familiar, estableció que como obra prueba que se devengaba en el 62.5%

del sueldo básico, así se declararía; y sobre el último aspecto, consignó que "*Lo anterior, fuerza concluir que efectivamente se está en presencia de una abierta discriminación sin justificación razonable, razón por la cual, el Despacho deberá dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad que tiene sustento en el artículo 4 de la Constitución de 1991, procediendo a inaplicar el parágrafo del artículo 13 de Decreto 4433 de 2004, que impide el cómputo de otras partidas para la asignación de retiro (...)*".[1]

4. Los recursos de apelación

4.1. El demandante impugnó (fl. 132-138) la sentencia en forma parcial, en relación con la no inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad; expone que en actividad la devengó pero no está registrada en la Hoja de servicios, lo cual es una falla de la misma, y esta prestación hace parte del salario, pero no fue incluida como partida computable para liquidar el derecho pensional, de tal forma que es viable la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

4.2. La Caja interpuso el recurso de apelación (fl. 139-142) en el que solicita revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable; argumenta que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando esta entidad; y que sí se le reconoció al militar el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro en el 30% según el Decreto 1162 de 2014.

También pide que se ordene efectuar de manera indexada los descuentos por aportes a la seguridad social integral, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

5. Trámite procesal en la segunda instancia

Se admitieron los recursos de apelación y se ordenó la presentación de alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público (fl. 181).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante no presentó alegatos (fl. 198).

6.2. La entidad en su escrito (fl. 192-196), expresa sus criterios sobre la legalidad de las actuaciones efectuadas y se refiere al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con lo que reitera que siguiendo la uniformidad y

[1] Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia especifica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolifica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha aplicado. Aduce que la Caja aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, en la que consagra el subsidio familiar en el porcentaje del 30% como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia (fl. 198).

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia apelada, conforme con los planteamientos de las partes en sus respectivas impugnaciones?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración[2].

2.2. Sobre las excepciones. En los recursos de apelación no se planteó discusión sobre el tema, por lo que no amerita pronunciamiento alguno. Y sobre **excepciones de oficio,** no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)[3].

3. Principales pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

a. Resolución 8797 de 2015 que reconoció la asignación de retiro (fl. 16-17).

---

[2] Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

[3] CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; y CGP es el Código General del Proceso.

b. La petición del demandante que radicó en el trámite administrativo (fl. 20-22).

c. Acto administrativo demandado: 0032246 del 16 de mayo de 2016 (fl. 23).

d. Documentos de la hoja de vida y certificaciones de pagos salariales del demandante (fl. 15, 18-19, 71-78).

4. Caso concreto

4.1. Mediante el presente proceso, el demandante reclamó que se ordene el reajuste de su asignación de retiro con la aplicación correcta para determinar el monto, en cuatro aspectos: (i). Tomar el salario mínimo con el incremento del 60%; (ii). Se debe aplicar el 70% del salario básico y a esta suma adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, sin afectar doblemente ésta prestación; (iii). Se debe asumir el subsidio familiar en el 70%; y (iiii). Incluir la duodécima parte de la prima de navidad.

En la sentencia que se cuestiona se accedió en los aspectos segundo y tercero, se declaró que ya existía acto administrativo favorable respecto del primero, y negó el último; tres decisiones fueron objeto de apelación.

Precisa el Tribunal Administrativo de Arauca que cuando el tema se refiere al pago del salario –Es distinto al de la asignación de retiro, que si bien recibe impacto en su monto, las consecuencias porcentuales son diferentes- y al no aplicarse el incremento del 40% al 60%, significa en realidad un menoscabo pecuniario del 33.3% -no del 20%, que es la diferencia entre aquellos porcentajes- de la adición que legalmente le correspondía, lo que a su vez se traduce en un 14.28% en pesos dejados de pagar en cada mensualidad[4].

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia[5]. Se revisa el texto de los recursos de apelación y se extrae como conclusión, que cuestionan lo siguiente:

---

[4] Si a alguien se le deben pagar $60 y solo se le cancelan $40, significa que se le quedó debiendo una tercera parte (33.3%) de lo que debía incrementarse; y cuando al SMMLV se le adiciona solo el 40% cuando debía ser el 60% (ejemplo: 2017, a $737.717 con el 40% da $1.032.803.80 y con el 60% son $1.180.347.20), hay una diferencia dejada de pagar de $147.513.40, que corresponde al 14.28% de lo pagado con el 40%.

[5] Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum apellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia -*ad quem*- deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quern* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que

Parte demandante

- Procede la excepción de inconstitucionalidad para incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en su asignación de retiro, pues fue cancelada de forma periódica.

Parte demandada

- Se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

- El subsidio familiar se reconoció en favor del demandante en el 30%, conforme con el Decreto 1162 de 2014.

- Pide la indexación de los descuentos, por sostenibilidad fiscal.

4.3. Frente al cuestionamiento que hace el demandante contra la sentencia apelada, en el expediente no aparece, contrario a lo que afirma en sus escritos al proceso, que haya devengado en algún momento la prima de navidad mientras estuvo en el servicio militar.

En efecto, se establece que la Hoja de servicio no prueba que el demandante hubiera recibido prima de navidad dentro de su remuneración (fl. 15), por lo cual no le era dable a CREMIL incluirla en la liquidación de sus mesadas, ni es viable hacerlo en vía judicial en el presente proceso.

Sobre el tema, se debe tener en cuenta que la autoridad competente para modificar la Hoja de Servicio es el Ejército Nacional; y dicho acto administrativo no fue demandado en el proceso, y es el que resulta de gran trascendencia y fundamental para el reconocimiento de derechos[6].

Ello es así, toda vez que se encuentra que por el Decreto 2342 de 1971 se reorganizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- y dentro de las funciones se le asignó la de "*Reconocer y pagar a sus afiliados las asignaciones de retiro, pensiones a su beneficiarios y demás prestaciones que la Ley les señale*" (Literal c, artículo 3), y que por mandato del Decreto 1211 de 1990, "*se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa*" (Artículo 234), la cual "*será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza*" (Artículo 235).

---

le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.

[6] Cuando se trata de demandas por el incremento del 40% al 60% sobre el salario mínimo mensual legal vigente y con fundamento en precedentes jurisprudenciales, es viable decidir, en criterio no unánime de la Sala, sin esta exigencia de modificación o complementación de la Hoja de servicios.

202

Este criterio tiene pleno respaldo jurisprudencial del Consejo de Estado, que ha definido que en tratándose de la liquidación de la asignación de retiro, CREMIL no puede desconocer los conceptos que efectivamente pagó el Ejército Nacional; entre otras sentencias: M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 29 de abril de 2015, rad. 11001 0315 00020150038000; M. P. (E) William Hernández Gómez, 23 de mayo de 2016, rad. 110010315000 201600989 00; M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 9 de agosto de 2016, rad. 11001 03150002016 0178900; M. P. Rocío Araujo Oñate, 6 de septiembre de 2017, rad. 11001 0315 000 2017 01041 01.

De otra parte, una certificación allegada al proceso (fl. 19) que no coincide con la Hoja de servicios, no es el documento legal que permita acceder a su pretensión, máxime cuando no hace constar que el demandante percibió la prestación, sino que apenas menciona que "*se le presupuestaron 12 meses*"; y asignar un rubro o partida en el presupuesto, es muy distinto a devengar efectivamente.

En consecuencia, al no estar incluida la prima de navidad en la Hoja de Servicio que se aportó al expediente, requisito indispensable para que CREMIL proceda a computarla como se pide, no prospera este cargo del recurso de apelación. Y por sustracción de materia, no se analiza la viabilidad de la inaplicación reclamada.

4.4. En el primer cargo que plantea el recurso de apelación presentado por la parte demandada, sostiene que la entidad ha aplicado de manera correcta la liquidación de la asignación de retiro respecto de los porcentajes de 70% del salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad.

4.4.1. Para el efecto, y en cuanto a la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre cuya aplicación al caso no tiene controversia en el proceso, señala que "*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*".

El Consejo de Estado (M.P. William Hernández Gómez, 9 de marzo de 2017, rad. 66001233300020130007901, 2898-14) señalando el marco de interpretación de dicha norma jurídica, consagra que "*«[...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe*

primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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

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

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

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

Nuestra Alta Corte también ha expuesto en vía de acción de tutela (11 de diciembre de 2014, M. P. María Elizabeth García González. Exp. 2014-02292-01) que *"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".

Agrega que "*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. (…)*".

4.4.2. En el expediente se demostró que al demandante ya se le otorgó la asignación de retiro.

En efecto, se le reconoció por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, mediante la Resolución 8797 de 2015, y en ese acto administrativo se ordenó en el artículo primero, que la liquidación de dicha prestación económica se hiciera en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad (fl. 16-17).

No obstante, al momento de la liquidación de la asignación de retiro del demandante, la entidad se apartó no solo de la normativa aplicable y de los criterios jurisprudenciales, sino también de su propio mandato, lo que se acredita con el documento que obra a folio 18, emanado de la propia entidad estatal demandada –Se toma el SMMLV de 2015, incrementado en el 40%-, en el cual se observa que el 70% lo obtiene luego de sumar el salario mensual con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Ello demuestra una aplicación indebida de la norma jurídica vigente (Decreto 4433 de 2004, artículo 16) y de la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional sobre el tema, que ordenan y han estructurado, en lo que debe corregir, que el 70% debe hacerse, es decir, restarse en la fórmula, solo sobre el salario mensual, y luego a ese subtotal, se le suma de manera completa el 38.5% de la prima de antigüedad que certifique la Hoja de Servicios; en este caso y con los mismos datos, el resultado es $978.767.

Al resultado obtenido, se le suman otros conceptos, como subsidio familiar, si se percibió.

Se evidencia entonces, la pretermisión que hace la demandada al liquidar la asignación de retiro del demandante, pues la fija en un menor valor al que en realidad le corresponde[7].

En consecuencia, no tiene respaldo fáctico ni jurídico en el expediente el criterio expresado en el recurso de apelación de la demandada, cuando indica que aplica la fórmula de liquidación de la asignación de retiro en forma correcta; y no lo es, porque la norma jurídica no la autoriza a utilizar la variable del 70% sobre el 38.5% de la prima de antigüedad.

En razón de lo expuesto, no prospera el cargo planteado por la Caja.

Se aclara que el documento de CREMIL allegado a fl. 18 induce en error, lo cual no puede aceptarse; la "proyección" aparenta tomar el 70% solo del sueldo básico. Pero también lo aplica a la prima de antigüedad, que no lo muestra, pues se recibía $347.305 (fl. 15), y en lugar de sumar esa cifra en la "proyección" (fl. 18), toma apenas el 70% de ella, esto es, $243.113.

4.5. En el segundo cargo que presentó la entidad apelante, aduce que ya incluyó la partida de subsidio familiar en la prestación, en el 30%, de acuerdo a lo que establece el Decreto 1162 de 2014.

4.5.1. Sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, ha existido controversia en casos donde la entidad no la tiene en cuenta, aduciendo la falta de consagración legal para los soldados profesionales.

Dicha circunstancia condujo a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa al dirimir las disputas sobre el tema (Tribunal Administrativo de Arauca, exp. 2014-00117, 18 de diciembre de 2017), decidiera inaplicar el "*artículo 13.2 y el parágrafo de dicho artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que como se dijo, excluye computarle a los soldados profesionales la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro en este caso -porque lo mismo ocurre para la pensión de invalidez y otros derechos-, para en su lugar, y mediante la aplicación de las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la C. Po, aplicar en el presente caso concreto, el artículo 13 en sus numerales 13.1 y 13.1.7 del mismo decreto 4433 de 2004, que sí permite dicha inclusión en la prestación económica que aquí se discute, en este caso, al demandante.*

"Significa que con la decisión que se adopta en vía judicial, el demandante tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro,

---

[7] Cremil aplica: Valor asignación de retiro = (Sueldo + Prima de antigüedad) * 70%:
Esto es: ($902.090 + $347.304.65) * 70% = $874.576.

La fórmula correcta es: Valor asignación de retiro = (Sueldo * 70%) + Prima de antigüedad
Esto es: ($902.090 * 70%) + $347.304 = $978.767. Más otros conceptos, si proceden.

el cómputo de la partida de subsidio familiar que hubiera estado devengando mientras prestó su servicio al Ejército Nacional como Soldado Profesional.

"Esta precisión es importante resaltar, por cuanto si quien demanda no devengó la prestación social del subsidio familiar, no tendría derecho a que se le compute suma alguna por este concepto en su asignación de retiro ni en otra prestación, como ya lo decidió esta Sala (M. P. Luis Norberto Cermeño, 12 de marzo de 2015, exp. 2013-00237)".

El Consejo de Estado en múltiples decisiones ha reconocido este trato desigual y ha decidido inaplicar la norma jurídica referida para incluir el derecho (Entre otras, M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 27 de octubre de 2016, rad. 25000234200020130014301, 3663-14; M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. 2015-00380-00, 29 de abril de 2015); lo cual condujo incluso, a anular el Decreto 3770 de 2009 (M. P. César Palomino Cortés, 8 de junio de 2017, rad. 11001-03-25-000-2010-00065-00, 0686-10).

4.5.2. En el caso del demandante, cuya prestación se le reconoció en 2015, tal discusión no se presenta, toda vez que CREMIL sí incluyó la partida del subsidio familiar en el cómputo del monto de la asignación de retiro (fl. 16-18).

Aquí la discusión es sobre la norma jurídica aplicable sobre el porcentaje.

La entidad trajo en respaldo de su decisión, el Decreto 1162 de 2014, que consagra:

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

El demandante reclama el Decreto 1161 de 2014, que establece:

> **"Artículo 5°.** A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan".

Si bien las dos disposiciones se refieren a Soldado Profesional, como es el caso del demandante, la primera de ellas prescribe la aplicación del 30% en el cómputo de la asignación de retiro, mientras que la segunda, permite el 70%.

La razón legal de la diferencia entre tales disposiciones, es que la del Decreto 1162 de 2014 se establece para quienes *"al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009"*, mientras que la del Decreto 1161 de 2014, es para los soldados profesionales que empiecen a devengar la prestación social a partir del 25 de junio de 2014.

En el caso del demandante, en el expediente está acreditado que devengaba la prestación social, y por ello en la asignación de retiro se hizo constar que la partida de subsidio familiar "*en actividad*" se le incluía, pero se le computaba en el 30%, de conformidad con el Decreto 1162 de 2014 (fl. 16-18).

Se observa que una norma posterior –Si bien expedida el mismo día- establece un trato discriminatorio negativo entre militares del mismo rango –Soldado Profesional-, para lo que solo aduce como motivo, la fecha en la que se ha obtenido, o causado, el derecho, lo cual no se juzga razonable ni proporcionado, máxime cuando dicho trato diferenciado ni siquiera se estableció con base en la fecha de ingreso del militar a la Institución, que llevaría a un análisis ahí sí, sobre la autonomía legislativa para fijar distintas consecuencias en algunos casos.

En efecto, no es dable prohijar un trato discriminatorio negativo entre militares del mismo rango -Soldado Profesional- fijado única y exclusivamente en virtud de la fecha en que se cause el derecho a obtener el subsidio familiar, razones suficientes para que el trato diferente no supere el test de razonabilidad que le permitiría subsistir en la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano, que impone los principios del Estado Social de Derecho, donde su principal valor descansa en la solidaridad social, en la igualdad material ante la vida, en la promoción y aplicación efectiva y garantía de la Dignidad Humana y en un orden económico y social justo (Preámbulo, arts. 1, C. Po).

La propia Constitución Política ordena que "*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*" (art. 13, C. Po), al tiempo que se obliga a tener en cuenta "*la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho … (y) La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores*" (art. 53, C. Po).

Con todo lo expuesto, encuentra la Sala que es plausible acudir a la figura jurídica de la excepción de inconstitucionalidad, la cual se encuentra consagrada en el artículo 4 de la C. Po, así: *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".*

Esta decisión conduce a la inaplicación del Decreto 1162 de 2014, que como se dijo, solo les computa a los soldados profesionales que la obtuvieron en vigencia de norma jurídica anterior, la partida de subsidio familiar dentro de su asignación de retiro en el 30% de lo devengado por ese preciso y exclusivo concepto (No del salario).

En su lugar, y mediante la aplicación de las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la C. Po, se emplea en el presente caso concreto, el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014, que permite dicha inclusión en la prestación económica que aquí se discute, en el 70% de lo que recibía por subsidio familiar; se repite, el porcentaje se aplica es solo sobre lo que devengaba por esa prestación, y no sobre lo que percibía por sueldo o asignación salarial.

La medida judicial que se adopta tiene mayor respaldo si se tiene en cuenta que la Ley 923 de 2004 estableció como objetivo y criterio para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, que no podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución (Artículo 2.7) y como un elemento mínimo del mismo.

Significa que con la decisión que procede en vía judicial, el demandante si la percibió, tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro, el cómputo de la partida de subsidio familiar en el 70% de lo que devengaba exclusivamente por ese concepto.

Esta precisión es importante reiterar, por cuanto si quien demanda no devengó la prestación social del subsidio familiar, no tendría derecho a que se le compute suma alguna por este concepto en su asignación de retiro ni en otra prestación, como ya lo decidió esta Sala (M. P. Luis Norberto Cermeño, 12 de marzo de 2015, exp. 2013-00237).

4.5.3. En el expediente de manera especial en la Hoja de Servicio, está acreditado que el demandante en actividad devengó la partida de subsidio familiar (fl. 15).

Por lo tanto, tiene derecho a que de su asignación de retiro, haga parte el 70% de lo que percibía por dicho concepto computable. De ahí que no prospera este cargo de la entidad apelante.

4.5.4. Sin embargo, se modificará la sentencia apelada, pues el *a quo* no tuvo en cuenta tres aspectos fundamentales:

- Ordenó su inclusión, cuando desde el mismo momento en el que se otorgó la prestación, se tuvo en cuenta tal partida para el pago (fl. 16-17).

- Desconoció que la asignación de retiro se otorgó en 2015, cuando regía una normativa (Decretos 1161 y 1162 de 2014) distinta a la que aplicó (Decretos 1794 de 2000, 3770 de 2009, 4433 de 2004). En consecuencia, es inocuo el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia que se impugnó.

- Fijó la cuantía sobre una base sin respaldo jurídico, pues tomó un porcentaje (62.5%) del sueldo básico, y así lo dispuso en la parte resolutiva, cuando se debe otorgar es sobre el 70% de lo que se percibía por subsidio familiar, y no sobre el salario mensual.

4.6. La entidad estatal también pide en su recurso de apelación, que se ordene efectuar de manera indexada los descuentos por aportes a la seguridad social integral, en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

La sentencia impugnada omitió pronunciarse sobre el tema, que resulta importante porque deriva de la consecuencia de acoger las pretensiones de reliquidación en favor del demandante.

En efecto, cuando CREMIL cumpla las decisiones que se adoptan en este proceso, le deberá pagar al demandante las diferencias que se liquiden entre lo que resulte de la correcta aplicación de la fórmula con los porcentajes del 70% y 38.5% y la mayor cifra por subsidio familiar (Pasa del 30% al 70%) y lo que le giró en cada mesada prestacional.

Ello significa que se incrementará el monto de la asignación de retiro, de lo cual se establece que respecto de la parte que constituya el mayor valor que se reajuste, no se ha efectuado cotización alguna, como sí se hizo con las cuantías ya canceladas.

En consecuencia, se ordenará que la Caja realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y que se actualicen con la misma fórmula que fijó el *a quo*, en aplicación de los principios de solidaridad social y de contribución a la sostenibilidad financiera del sistema.

De ahí que prospera este cargo de la apelante.

4.7. Por lo tanto, ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia apelada, pero sí modificarla en los términos que se señalaron en los dos acápites precedentes.

5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite en esta instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva.

Y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001233300020130001501; y M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 810012333 0002013 00116 01).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: En lo que corresponde a José Ciro Tumay Cachay, **MODIFICAR** el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, el cual quedará así, **ADICIONAR** al numeral sexto de su parte resolutiva el punto 6.1, y **CONFIRMAR** la providencia en todo lo demás, incluido lo dispuesto respecto de los otros demandantes diferentes a José Ciro Tumay Cachay:

> *"**CUARTO: ORDENAR** en consecuencia de la nulidad que se declara, que CREMIL también reliquide la asignación de retiro de José Ciro Tumay Cachay, teniendo en cuenta el 70% de lo que él percibía por subsidio familiar, en lugar del 30% que ha aplicado".*
>
> *"**6.1. ORDENAR** que CREMIL realice los respectivos descuentos de los aportes que debe cotizar el demandante a la seguridad social integral, sobre las diferencias que resulten de la reliquidación de cada mesada, y se actualicen con la misma fórmula que fijó la sentencia de primera instancia".*

SEGUNDO: DECLARAR que no hay condena en costas.

Ultimo fl. 206
4:45 Pm
27 MAR 2019
Rayza R.

TERCERO: ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada

Rama Judicial
República de Colombia