



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

Popayán, nueve de julio de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 15 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
C.C. No. 79.829.015

2. PARTE DEMANDADA

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad del Oficio No. 30335 de 26 de abril de 2016, en el que se negó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Que a título de restablecimiento del derecho se reajuste la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar en el porcentaje percibido en actividad.

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Que las sumas resultantes sean indexadas, se reconozcan intereses de mora y se condene en costas a la demandada.

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

El señor Arnulfo González Carvajal prestó sus servicios al Ejército Nacional, por 20 años, 9 meses y 27 días.

Posteriormente, le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 1645 de 8 de marzo de 2015.

En la liquidación de la asignación de retiro se incluyó el subsidio familiar en un 30% y no en el porcentaje percibido en actividad.

Previa solicitud, en el acto demandado no se reajustó la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad. *Fls. 17 y siguientes*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 22 de agosto de 2017, repartida al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 37 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, contestó la demanda a través de apoderado y en la oportunidad legal.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo los relacionados con el incremento reclamado.

Planteó las excepciones de legalidad de las actuaciones, inclusión del subsidio familiar en el 30%, no violación del derecho a la igualdad, no configuración de falsa motivación e improcedencia de la condena en costas. *Fls. 53 y siguientes*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas, se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino.

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia. *Fls. 82 y siguientes*

7. LA SENTENCIA APELADA

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Se trata de la sentencia dictada el 15 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se evidenció que en la asignación de retiro se incluyó el subsidio familiar en el 30%, de conformidad con el Decreto 1162 de 2014, por lo que se negaron las pretensiones de la demanda. *Fls. 82 y siguientes*

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló la decisión anterior, en tiempo oportuno.

En el recurso, expuso que el subsidio familiar fue devengado en el 62,5%, pero con el reconocimiento de la asignación de retiro, fue disminuido al 30%. En este sentido, consideró que el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, contienen un trato desigual entre los soldados profesionales en servicio y activo y entre quienes perciben la asignación de retiro, así como frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, a quienes en la asignación de retiro se les computa el subsidio familiar en el 100%.

Pidió que se inaplique el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, y que se acceda a las pretensiones de la demanda. Como sustento de sus argumentos, anexó múltiples fallos de diferentes órganos judiciales del país. *Fls. 101 y siguientes*.

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

El recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión, quienes no intervinieron en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 15 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Arnulfo González, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 23 de noviembre de 1994 hasta el 17 de mayo 1996, como soldado voluntario desde el 5 de noviembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 30 de marzo de 2016, para un total de 20 años, 9 meses y 27 días.

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Por la prestación de los servicios devengó los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, seguro de vida y bonificación de orden público. De estas, se consideraron como partidas computables para la asignación de retiro: el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Lo anterior consta en la hoja de servicios a folios 9 y 66 del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 1645 de 8 de marzo de 2016.

En esta resolución se consideró que el actor tenía derecho a una asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad, y en un 30% del subsidio familiar. Copia de la resolución está a folios 7 y 70 reverso y siguientes.

La asignación de retiro fue liquidada con inclusión del 30% del subsidio familiar, según la constancia de pago a folios 11 y siguientes del cuaderno principal.

Respecto de esta prestación, solicitó el reajuste, con inclusión del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad, en petición de 12 de abril de 2016, que le fue negada en el acto demandado, lo cual consta a folios 3 y siguientes y 77 y siguientes.

3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación

En contra del acto anterior, el señor Arnulfo González, instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, que negó el reajuste pretendido.

Contra lo así resuelto, la parte demandante apeló, para que se ordene la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad, con sustento en el principio de igualdad frente a los soldados profesionales en servicio activo y frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro reconocida al señor Arnulfo González.

4. De la asignación de retiro para soldados profesionales

La asignación de retiro para los soldados profesionales, está contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y las partidas computables para ella, están previstas en el artículo 13, numeral 2, del mismo Decreto.

En efecto, el artículo 16, establece que los soldados profesionales con 20 años de servicios tienen derecho a percibir una asignación mensual de retiro. Especifica que dicha asignación debe equivaler al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del mismo decreto;

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Y advierte que en ningún caso la asignación puede ser inferior a 1,2 SMLMV. El artículo dice literalmente lo siguiente:

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.

Por su parte, el artículo 13, establece que la asignación de retiro para los soldados profesionales, debe liquidarse teniendo en cuenta las siguientes partidas –o factores-: i) el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y ii) la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo decreto. En el párrafo se advierte que ninguna otra prestación o factor será computable en las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El artículo establece:

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 Soldados Profesionales:

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

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

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

En esta normatividad se regula entonces el derecho a la asignación de retiro, las partidas computables, dentro de las cuales aparece el salario mensual que debe determinarse en los términos del Decreto 1794 de 2000, así como la fórmula para el cálculo de la asignación.

De lo anterior, su interpretación y aplicación por parte de los interesados y de Cremil, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó su posición, en sentencia de 25 de abril de 2019, radicado SUJ-015-19, en torno a los siguientes aspectos: i) las partidas computables, ii) la inclusión del subsidio familiar, iii) la asignación salarial que debe aplicarse, iv) la legitimación en la causa de Cremil para decidir sobre el reajuste de esa asignación salarial, v) el cómputo de la prima de antigüedad, vi) y los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

La sentencia se articula, principalmente, en los siguientes tres pilares: i) la concordancia que debe existir entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que entonces se incluyen para la liquidación de la asignación de retiro, ii) el principio de igualdad y iii) el principio de progresividad. Al amparo de estos preceptos, en la sentencia se concluye respecto de cada uno de los temas indicados, lo siguiente:

Que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el AL 01 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Que el subsidio familiar, no es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, para quienes la causaron antes del 1 de julio de 2014, porque no estaba así previsto en el ordenamiento jurídico.

Que para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, la asignación de retiro debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Y que para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Que respecto de los primeros, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro, sin que se requiera previamente haber obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo. Que, consecuentemente, es viable que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

Que para el cálculo de la asignación de retiro, la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consiste en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad: $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$; y no como la aplica Cremil, que toma el salario, le adiciona el porcentaje de la prima de antigüedad y sobre ese resultado calcula el 70%.

Que a los soldados profesionales no se les aplican los incrementos del Decreto 991 de 2015, que están contemplados para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

5. El caso concreto

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala corrobora que al señor Arnulfo González le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Para resolver el cargo de la apelación, se tiene que en la liquidación debe incluirse el subsidio familiar, porque el actor se encontraba devengándolo al momento del retiro del servicio que se produjo en marzo de 2016, esto es, con posterioridad al 1 de julio de 2014. Al respecto, se corrobora que el actor devengaba el subsidio familiar, con la hoja de servicios a folios 66 reverso y siguientes. A la vez, le asiste el derecho a la inclusión de esta partida en la asignación de retiro, en el 30%, según se desprende del Decreto 1162 de 2014 y de la jurisprudencia trascrita. El Decreto establece, literalmente:

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

A la vez, en la sentencia de unificación se expone el recuento normativo del subsidio familiar, del cual se concluye que solo fue contemplado como partida computable para la asignación de retiro en los decretos 1161 y 1162 de 2014. La sentencia aseveró lo siguiente:

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

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

Y en el párrafo siguiente aclaró:

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

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

187. *En conclusión, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, consideró que no se vulneraba el derecho a la igualdad entre i) los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares –a quienes sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro-, porque son dos grupos diferentes, cuyos aportes y partidas computables varían, y están amparados por regulaciones distintas; y entre ii) los soldados profesionales que consolidaron el derecho a la asignación de retiro antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes lo consolidaron con posterioridad a estos decretos –a quienes se les incluirá el subsidio familiar en la asignación de retiro-, lo que fundó, esencialmente, en el principio de progresividad, en los siguientes términos:

200. *iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

201. *De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

202. *Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre*

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

Retomando el caso concreto, al señor Arnulfo González le asiste el derecho a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, por estar devengándolo al momento de su retiro del servicio, efectuado con posterioridad al 1 de julio de 2014, como se deja expuesto. Esa partida debe incluirse en el 30% por así disponerlo expresamente el Decreto 1162 de 2014, lo que no viola el derecho a la igualdad en relación con otros miembros de las Fuerzas Militares, como se expone en la sentencia invocada, lo que desvirtúa el alegato de la parte actora de que se incluya en el porcentaje en que fue devengado en actividad, por lo que este cargo de la apelación no prospera.

Consecuentemente, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a estas normas, y a la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, para la condena en costas se tienen en cuenta criterios objetivos, y no criterios subjetivos, como lo sería la actuación de las partes con mala fe o temeridad.

La Sala no condenará en costas en esta instancia, porque los criterios para el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales se unificaron mientras este proceso estaba en curso.

III. DECISIÓN

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

F A L L A

PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 15 de agosto de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán.

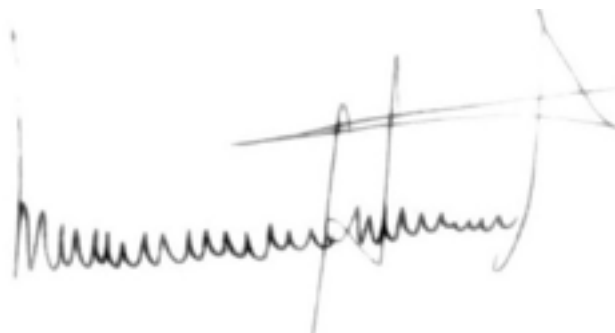
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto.

Expediente: 19001 33 33 005 2017 00254 01
Actor: ARNULFO GONZÁLEZ CARVAJAL
Demandado: CREMIL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

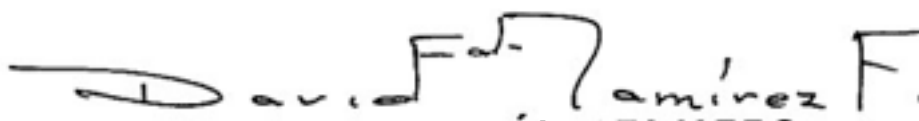
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO