



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

-SALA DE DECISIÓN 001 –

SENTENCIA No. 046

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-31-003-2015-00343-01
Demandante: Ovidio Pechené Fajardo
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares–CREMIL-
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la Sentencia del 24 de julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fol. 10 c. ppal. 1)

Ovidio Pechené Fajardo, solicitó que se declare la nulidad del oficio 38930 del 2015-06-10, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, negó i) el reconocimiento y pago del incremento o reajuste del 20% de la asignación de retiro; ii) la reliquidación sin tomar dos veces el porcentaje a la prima de antigüedad; iii) la inclusión del subsidio familiar en el 70%; iv) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Que título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL a reconocer y pagar los valores indexados de la actualización de su mesada conforme a los reajustes antes mencionados; que se condene en costas a la demandada.

1.2. Como HECHOS (fol. 10-11 c. ppal. 1), alegó los siguientes:

Que se vinculó al Ejército Nacional como Soldado Voluntario con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000.

Que a partir del 1° de noviembre de 2003, su vinculación varió a la de Soldado Profesional.

Que le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 865 del 2015-FEB-04.

Que mediante oficio del 21 de mayo de 2015, solicitó que i) se incluyera el 20% adicional en la asignación de retiro, teniendo en cuenta el SMLMV + 60%; ii) se reliquidara sin tomar dos veces el porcentaje a la prima de antigüedad; iii) se incluyera el subsidio familiar en el 70%; iv) se incluyera la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro; v) que se actualizara el derecho pensional y vi) que se expidiera copia electrónica del expediente pensional.

Que los anteriores pedimentos fueron negados mediante OF 38930 del 2015-06-10.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS

1.3.1. NORMAS VIOLADAS:

- CONSTITUCIONALES: artículos: 1, 2, 4, 5, 13, 29, 42, 43, 44, 53, 93 y 150.

- LEGALES: leyes 4ª de 1992, 923 de 2004, 1437 de 2011; decretos 1793 y 1794 de 2000, y 4433 de 2004.

1.3.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Que debía declararse la nulidad del acto demandado por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, ya que se había liquidado el SMLMV más el 40%, cuando la norma establece, para los soldados que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, que la asignación salarial correspondía al SMLMV más el 60%.

Que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, no se liquidó en debida forma la prima de antigüedad; ya que CREMIL debe tomar los porcentajes individuales, tal y como lo determina la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que contrario a lo planteado por la entidad demandada, debía incluirse el subsidio familiar en el 70% y no el 30% que pretende reconocer la entidad.

Que también debía incluirse, por igualdad, la prima de navidad contenida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable para su asignación de retiro.

2. LA CONTESTACIÓN (fol. 47-53 c. ppal. 1)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, se opuso a las pretensiones argumentando, en síntesis, que la asignación de retiro del demandante se reconoció con base en las normas que rigen la materia.

Que conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se debe tener en cuenta el inciso 1° del Decreto 1794 de 2000, que indica solamente un incremento del 40% del sueldo básico; porcentaje aplicado por la entidad.

Con respecto de la prima de antigüedad, enunció que en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del citado Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad

Que al actor se le reconoció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, en un porcentaje del 30%, como lo señala la norma.

3. SENTENCIA APELADA (fol. 152-159 *ib.*)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el OFICIO NO 38930 DE 10 DE JUNIO DE 2015, proferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, mediante el cual se negó la re liquidación de la asignación de retiro, de la que es beneficiario el señor OVIDIO PECHENE FAJARDO.

TERCERO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del demandante, así:

1- Incrementando el porcentaje adicional al SMLMV, del 40% al 60% (+20) 20% en la asignación básica mensual, e,

2- Incluyendo la prima de antigüedad, como partida de cómputo, en cuantía equivalente al 38.5% del sueldo básico, este último equivalente a 1 SMLMV aumentado en un 60%, sin lugar a afectar dicha prima con el porcentaje del 70% aplicable sí al sueldo básico, como partida independiente.

3- CREMIL pagará las diferencias resultantes de la reliquidación que aquí se ordena, debidamente indexadas con base en el IPC, conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo la fórmula aceptada jurisprudencialmente: RA (renta actualizada)= RH (que es la renta histórica que corresponde al valor de las diferencias imputable a la asignación o a la mesada correspondiente a la asignación de retiro) X el IPC final, (que es el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), sobre el IPC Inicial (que es el vigente a la fecha de causación de cada mesada o asignación de retiro).

4- Dichas sumas devengarán intereses al modo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

(...)”.

Como sustento de su decisión, argumentó lo siguiente:

Que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, al actor le resulta aplicable el inciso segundo del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que establece un incremento del 60% de la asignación mensual –y no de 40% como lo hizo la entidad-; por lo que debía ordenarse el reajuste del 20% sobre el salario mensual devengado.

Que por lo mismo, erró la entidad demandada al efectuar una doble afectación de la prima de antigüedad, ya que debe ser afectada de forma separada, así: *“por una parte, tomando el 70% del SMLMV sobre el sueldo, y por otra el 38.5% del SMLMV sobre la prima de antigüedad”*.

Que frente a la solicitud de inclusión del subsidio familiar, en un porcentaje de 70% respecto de lo que percibía cuando se encontraba activo, aclaró que el Decreto 1162 de 2014, señala que se puede tener dicha partida como computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, pero en un porcentaje equivalente al 30%. Por ello, se negó dicho pedimento.

Que frente a la inclusión de la prima de navidad, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado al aplicarla sólo en la liquidación de los oficiales y suboficiales, y dejando por fuera a los soldados profesionales; hecho que se encuentra justificado en la libertad de configuración que en materia salarial le asiste al Gobierno Nacional, y segundo, porque no existen razones para concluir que se vulnere el principio de igualdad.

4. LA APELACIÓN

4.1. DE LA PARTE ACTORA (fol. 154-171 c. ppal. 1)

Solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de instancia para que, en su lugar, se reajuste la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en el 70% y no en el 30% que lo hizo la entidad; y con la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Recalcó que se desconoce el principio de igualdad, dado que a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, se les incluye dichas

partidas en el mismo porcentaje que devengaban en actividad; discriminación que no tiene justificación alguna.

4.2 DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (fol. 213-220 c. ppal. 1)

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revocara la sentencia de instancia, con base en los siguientes argumentos:

Que conforme el 16 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro debía liquidarse de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} \text{“Salario básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + \text{(incremento en un 40\%)} = 140 \\ \text{Prima de antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

Asignación de retiro:

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

Que en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, dentro del proceso con radicado 110001333503020120008601, se aclaró que CREMIL ha realizado correctamente la liquidación de la asignación de retiro, en estos casos.

Que la actuación de la entidad se ciñó a la normativa que rige la materia.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada reiteró los argumentos de la apelación (fol. 239-241 c. segunda instancia).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fol. 243-250 *ib.*)

La representante de la Procuraduría ante esta Corporación, solicitó que se confirmara la sentencia de instancia, ya que el actor se encuentra en la misma situación fáctica abordada en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, por lo que tiene derecho al incremento del 20% en la asignación básica, y la correcta liquidación de la prima de antigüedad.

Que debía mantenerse el porcentaje reconocido por subsidio familiar (30%), ya que se encuentra así contemplado en el Decreto 1162 de 2014.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. LA CADUCIDAD

Como quedó visto, el presente asunto versa sobre una prestación periódica, por lo que no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal “c” del CPACA.

3. COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1. El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *ad-quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

3.2. En el asunto de autos corresponde a la Sala definir si al demandante, en su condición de soldado profesional (R) del Ejército Nacional, debe reliquidársele su asignación de retiro conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, correctamente liquidado, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad. También, si resulta procedente o no la inclusión de la doceava de la prima de navidad, así como el subsidio familiar en el porcentaje devengado en actividad y no del 30% utilizado por la demandada.

4. DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

La Ley 131 de 1985 *“Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”*, establecía en su artículo cuarto que quien prestara su servicio militar voluntario, devengaría *“una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondiente a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”*.

Con el Decreto 1793 de 2000, se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares; y en virtud del

artículo 38 de dicha norma, se profirió el Decreto 1794 de 2000 “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, en cuyo artículo 1º, se indicó lo siguiente:

“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

Según se ve, dicha norma diferencia dos grupos de soldados profesionales: los primeros, vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, quienes tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40%; y los segundos, quienes venían vinculados como soldados voluntarios y luego pasaron a ser profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a devengar un salario mínimo más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

El Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia sobre el incremento del 20% del salario básico de los soldados voluntarios que pasaron a ser soldados profesionales, estableciendo las siguientes reglas:

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

- Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% debe efectuarse de manera indexada los descuentos de ley (aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar) en la proporción que corresponda.

- Que dicha sentencia no era constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20%; por lo que la reclamación debería atenerse a las reglas sobre prescripción contenida en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 924 del 6 de septiembre de 2005, declaró exequible el artículo 6º de la Ley marco 923 de 2004, la que a su vez

fue reglamentada en cuanto al régimen pensional y asignación de retiro por el Decreto 4433 de 2004.

En su artículo 13, frente a las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, específicamente para soldados profesionales, estableció que serán partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad, y en su parágrafo estipuló que solo las partidas señaladas en esta disposición legal eran computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustitución pensional. Al respecto, indicó:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

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

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Según lo expuesto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de

retiro del personal de las Fuerzas Militares, no prevé para los soldados profesionales el subsidio familiar.

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

Frente a lo anterior, se suscitaron controversias judiciales en cuanto los soldados profesionales solicitaron tanto el subsidio familiar como la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, en aplicación del principio de igualdad. Y como existían posiciones encontradas sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de abril de 2019¹, unificó su posición estableciendo las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 25 de abril de 2019. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Consejero ponente: William Hernández Gómez

² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

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

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

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

6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

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

Con la anterior providencia, la Alta Corporación aclaró que no resulta procedente tener como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la prima de navidad, bonificaciones o algún otro reconocimiento que no esté taxativamente estipulado por el legislador o el gobierno en sus disposiciones; y condicionó el reconocimiento del subsidio familiar, únicamente, para quienes hayan causado su asignación con posterioridad al mes de julio de 2014, esto es, a partir de la expedición del Decreto 1162 de 2014, con el cual se incluyó dicho subsidio como computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Finalmente, estableció que las consideraciones constituían precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de dicha sentencia son retroactivos.

6. EL CASO CONCRETO

Según se vio, la primera instancia, reconoció el reajuste de la asignación de retiro del actor con el aumento del 20% de la asignación básica; la inclusión de la prima de antigüedad, el subsidio familiar, pero negó la duodécima parte de la prima de navidad; aspectos en los que la Sala dividirá su análisis.

6.1. BASE PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Conforme a la Hoja de Servicios (fol. 62-63 c. ppal. 1), se tienen las siguientes vinculaciones: i) soldado regular entre el 16 de junio de 1994 y el 10 de diciembre de 1995; ii) soldado voluntario, entre el 10 de enero de 1996 y el 31 de octubre de 2003; y iii) como soldado profesional entre el 1° de noviembre de 2003 y el 31 de marzo de 2015 –incluyendo los 3 meses de alta-.

Que mediante Resolución No. 865 del 04 de febrero de 2015 (fol. 3-4 *ib.*), se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del actor, a partir del 31 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

“En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1. (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014”.

De lo anterior, se desprende que para el 31 de diciembre de 2000, el actor fungía como soldado voluntario, y que fue vinculado como profesional a partir del 1° de noviembre de 2003. Además, que su asignación de retiro le fue liquidada conforme el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario aumentado en un 40%.

Empero, conforme a los parámetros de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, como es el caso del demandante, debe ser liquidada conforme a la asignación a la que tenía 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%, y no en un 40%, como lo hizo la entidad.

Por ello, le asiste razón a la *A quo* en ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor.

Sin embargo, no puede desconocerse que el mismo fallo precisó que, en todo caso, *“habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador”*; hecho que no quedó consignado en el fallo de instancia, por lo que deberá adicionarse en este punto.

6.2. DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Según se vio, CREMIL ordenó erróneamente, la liquidación de la asignación de retiro conforme al inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, cuando al actor le resultaba aplicable el inciso segundo *ib.*, por lo que resulta procedente ordenar el reajuste del 20% sobre el salario mensual devengado.

Empero, dicha situación también incide en la prima de antigüedad, ya que, se recalca, la asignación de retiro está compuesta por el 70% del salario mensual (correctamente liquidado) más un 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, alega CREMIL frente a este tópico, que la asignación es equivalente al 70% del salario, incrementado en 38.50% de la prima de antigüedad; para el efecto, señaló que se utilizaba la siguiente fórmula:

“70% = (sueldo básico + 38.50% de Prima de Antigüedad)”

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, precisó que el anterior método no se acompasa a lo previsto por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2000, *“toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro”*.

Por el contrario, se explicó que la norma prevé que la asignación mensual de retiro equivale al 70% del salario indicado en el numeral 13.2.1 (en los términos ya explicados), adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, *“lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad”*.

En consecuencia, de acuerdo con la regla número 5 del fallo de unificación, para liquidar la asignación de retiro, debe tomarse en el 70% de la asignación salarial, para luego adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengaba el actor

al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, con base en la siguiente fórmula:

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

Por lo anterior, en este punto, no tiene vocación de prosperidad el cargo de alzada presentado por la parte demandada.

6.3. DE LA PRIMA DE NAVIDAD

En la sentencia de primera instancia, se negó la pretensión de tomar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, una duodécima parte de la prima de navidad.

Conforme el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es factor computable para la asignación de retiro de oficiales y suboficiales, la *"13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro"*. Sin embargo, dicha partida no fue dispuesta por el legislador respecto de los soldados profesionales.

Al respecto, en la regla 1 de la sentencia de unificación, se aclaró que no resulta procedente tener como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la prima de navidad, bonificaciones o algún otro reconocimiento que no esté taxativamente estipulado por el legislador o el gobierno en sus disposiciones.

Así, contrario a lo planteado por el actor en su alzada, no puede incluirse la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.

6.4. DEL SUBSIDIO FAMILIAR

En la sentencia de unificación antes citada, el Consejo de Estado aclaró que no resulta procedente tener como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la prima de navidad, bonificaciones o algún otro reconocimiento que no esté taxativamente estipulado por el legislador o el gobierno en sus disposiciones; y condicionó el reconocimiento del subsidio familiar, únicamente, para quienes hayan causado su asignación con posterioridad al mes de julio de 2014, esto es, a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, con el cual se incluyó dicho subsidio como computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales. Al respecto, precisó⁴:

⁴ Consejo de Estado. Sentencia. Sección segunda. C.P. William Hernandez Gómez. 25 de abril de 2019. Bogotá D.C.

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

-Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

-Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

-Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida .

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

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

En efecto, con la expedición del Decreto 1162 de 2014, el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, fue incluido, a partir del 1° de julio de 2014, como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesiones e infantes de marina profesionales de las FF. MM. que estuvieran devengándolo.

Aquí, según se observa en la respectiva hoja de servicios, el actor devengaba el subsidio familiar en un 4% (fol. 62 vto.), por lo que debe entenderse que dicha partida estaba regulada conforme el Decreto 1794 de 2000; por ello, como lo indicó el precedente de unificación, liquidación en la asignación de retiro, debía calcularse conforme las previsiones del artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, norma que claramente señala, debe tomarse en un 30% del valor de lo devengado en actividad.

Por lo anterior, no tiene vocación de prosperidad el cargo de apelación presentado por la parte actora.

7. COSTAS

Finalmente, el artículo 365 del Código General del Proceso, señala: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la*

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

Pero como la alzada prosperó parcialmente, no se impondrá condena en costas en esta instancia procesal.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

“TERCERO.- CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del demandante, así:

1- Tomar como base una asignación mensual equivalente al 70% del salario mensual (un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%).

2- Incluir la prima de antigüedad, como partida de cómputo, en cuantía equivalente al 38.5% del sueldo básico, este último equivalente a 1 SMLMV aumentado en un 60%, sin lugar a afectar dicha prima con el porcentaje del 70% aplicable sí al sueldo básico, como partida independiente.

3- Adicionar el treinta por ciento 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

Lo anterior con base en la siguiente fórmula:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) + (30% del subsidio familiar) = Asignación de Retiro.

Habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4- CREMIL pagará las diferencias resultantes de la reliquidación que aquí se ordena, debidamente indexadas con base en el IPC, conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo la fórmula aceptada jurisprudencialmente: RA (renta actualizada)= RH (que es la renta histórica que corresponde al valor de las diferencias imputable a la asignación o a la mesada correspondiente a la asignación de retiro) X el IPC final, (que es el vigente a la fecha de ejecutoria de

esta sentencia), sobre el IPC Inicial (que es el vigente a la fecha de causación de cada mesada o asignación de retiro).

5- Dichas sumas devengarán intereses al modo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado, al tenor de las razones aquí expuestas.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia.

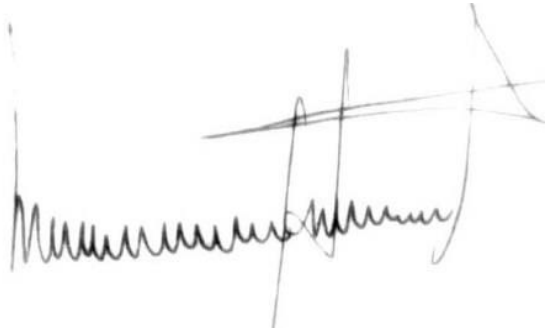
CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, una vez ejecutoriada esta providencia, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ