



Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00186-01
Demandante	JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ GIRALDO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Liquidación de asignación de retiro soldado voluntario tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%- Reliquidación aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 - Al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y demandante, contra la sentencia del 08 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ GIRALDO, por conducto de apoderada judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.

2.3. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ GIRALDO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 2-16



2.4. Pretensiones

1. Declarar la nulidad del acto administrativo N° 2016-23144 de fecha 13 de abril de 2016 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó las siguientes peticiones:
 - a. La liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mínimo de conformidad al régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero (1º) del decreto 1794 de 2000.
 - b. La reliquidación de la asignación de retiro de mi poderdante dándole correcta aplicación al artículo 16º del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad".
2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento se condene a la demandada a :
 - a. Liquidar la asignación de retiro de mi mandante tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1º del decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%).
 - b. A liquidar la asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 1004, se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad.
3. Se ordene el reajuste de los valores nuevos que arroje la reliquidación año por año.
4. Ordene el pago indexado de las diferencias que resulten desde el reconocimiento hasta la fecha de la sentencia.
5. Ordenar el pago de los intereses moratorios.
6. Ordenar el pago de gastos y costas.

2.5 Hechos

Señala el accionante que, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, una vez culminado dicho periodo, fue incorporado como soldado voluntario. A partir del 01 de noviembre de 2003, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Por cumplimiento de los requisitos del Decreto 4433 de 2004, le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 878 del 12 de febrero de 2016, posterior a ello radicó petición el 30 de marzo de la misma anualidad, solicitando que en la liquidación de su asignación se tomara como base la establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

13001-33-33-007-2017-00186-01

La anterior petición fue resuelta de manera desfavorable mediante acto administrativo No. 2016-23144.

2.6. Normas violadas y concepto de violación:

- Artículos: 1,2, 4,13, 25, 29,46, 48, 53 y 58 Constitución Política.
- Ley 131 de 1985
- Ley 4º de 1992: Artículo 10.
- Ley 923 de 2004
- Decreto 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Expone que se viola lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma, pues la administración al aplicar la fórmula establecida en la mencionada norma incurrió en grave error en el cálculo efectuado, al aplicarse un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

En cuanto a la pretensión del incremento del 60% de la base de liquidación, manifiesta que el Gobierno y el legislador dejaron consignados una reserva legal, en el sentido de respetar los derechos adquiridos de los soldados profesionales, estableciendo un régimen de transición aplicable a los que fueron soldados voluntarios y que ostentaban

2.7. CONTESTACIÓN

2.7.1 LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL².

La demandada en cuanto a los hechos reconoce como ciertos algunos y otros solicita sea demostrada, con relación a las pretensiones se opone a la totalidad de ellas.

• Excepciones previas

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

Falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto al reajuste del 60%:

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento creado con la ley 75 de 1925 adscrito al Ministerio de Defensa, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es decir, que la entidad es independiente del Ministerio de Defensa.

² Fol. 46-51 Cdno 1

13001-33-33-007-2017-00186-01

Resalta que, la reclamación del reajuste salarial en un 60% debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

No configuración de falsa motivación de las actuaciones de CREMIL:

Manifiesta que las actuaciones realizadas por la entidad se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, por lo que las acusaciones de esta demanda no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad. Por lo que, CREMIL ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

No configuración a la violación del derecho a la igualdad:

Manifiesta que, el principio de igualdad se predica entre iguales, por lo que en el presente caso no se vulnera el mismo, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

Razones de la Defensa

La entidad demandada contestó la demanda, aceptando como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, la petición y la conclusión del procedimiento administrativo; pero se opuso a las pretensiones, indicando que al señor Juan Bautista Martínez se le reconoció su asignación de retiro, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de los hechos, esto es el Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, conforme con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 08 de mayo de 2018, el Juez de primera instancia dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder las parcialmente pretensiones de la demanda.

En cuanto incremento del 60% en la asignación básica, indicó que el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 puntualizó que de conformidad con el artículo 1 inciso 3 del Decreto 1794 de 2000, las 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 vigente incrementado en un 60%. Advirtió, que el reajuste

³ Folios 100-104 Cdo no 1

13001-33-33-007-2017-00186-01

en comento fue consagrado por el legislador para liquidar la asignación salarial devengada en servicio activo por los soldados voluntarios incorporados como profesionales, por lo que su incremento implica necesariamente la modificación del salario en servicio activo que sirvió como base para liquidar dicha asignación de retiro. Por lo que concluyó, que el reajuste le competía al Ministerio de Defensa, a través de la modificación de la hoja de servicios, por lo que CREMIL no está legitimado para la reliquidación de la asignación.

En cuanto a la reliquidación del 70% del salario mensual, más el incremento del 38.5% por concepto de prima de antigüedad, manifestó que le asistía razón al actor, en el entendido que la fórmula del cálculo atendiendo la norma, debe ser el 70% del sueldo básico, a lo que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional.

Por lo anterior, resolvió declararla falta de legitimación en la causa por pasiva de Cremil para reajustar la asignación básica incrementado en un 60%, y declarar la nulidad parcial del acto demandado, ordenando la reliquidación de la asignación de retiro en un 70% más el incremento del 38.5% de la prima de antigüedad.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Parte demandante⁴

Presenta recurso de alzada parcial, ante la decisión del A-quo de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de Cremil, para liquidar la asignación de retiro en un 60%, debido a que considera que el juez de primera instancia incurre en un error al interpretar la norma aplicable y desconocer el precedente jurisprudencia emitido por el Consejo de Estado, que establece que es la entidad demandada la legitimada para el incremento.

Por otro lado, manifiesta que el acto demandado es emitido por Cremil, resolviendo de fondo una solicitud de reliquidación pensional, sin advertir incompetencia al momento de emitir pronunciamiento. De igual forma, indica que el Ministerio de Defensa solo es competente cuando los uniformados se encuentren en servicio activo, y el actor es un soldado retirado.

⁴ Folios 110-121 Cdno 1



4.2. Parte demandada⁵:

Por medio de escrito del 22 de mayo de 2018, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, argumentando que las actuaciones adelantadas por la entidad gozan de legalidad y en correcta aplicación de las disposiciones legales.

En cuanto a la reliquidación de la prima de antigüedad, afirma que ha venido aplicando lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, calculado así, salario básico incrementado en el 38.5% de dicha prima

$$\text{Salario Básico} = \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) - 140\%$$

$$\text{Prima de Antigüedad} = 38.5\%$$

Asignación de retiro:

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

Indica que de esa forma lo entendió el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto emitido por la misma entidad.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 30 de noviembre de 2018⁶, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 12 de abril de 2019⁷; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 12 de junio de 2019⁸.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Las partes en litigio: No presentaron escrito de alegatos.

6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

⁵ Fols. 153-155 cdno 1

⁶ Folio. 3 cdno de apelación

⁷ Folio. 5 cdno de apelación

⁸ Folio. 9 cdno de apelación



VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme el artículo 320 y 328 del C.G.P.

Cuestión previa⁹: La apoderada de la parte demandada mediante escrito del 2 de julio de 2019, manifestó desistir del recurso de apelación interpuesto conforme al acta de Comité de Conciliación No. 218-08 del 26 de junio de 2019 emitido por la entidad, sin embargo, con dicho memorial no se anexa copia del acta de Comité en mención. Por lo que se seguirá con el estudio del recurso de la alzada.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, los actos acusados son el oficio No. 2016-23144 del 13 de abril de 2016, por medio del cual CREMIL niega el reajuste de la asignación de retiro.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico se planteará, así:

Atendiendo que en la sentencia se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de Cremil para incrementar el salario básico en un 60% y la nulidad del acto acusado y se ordenó la reliquidación de la asignación de retiro del 70% más el incremento del 38.5% de prima de antigüedad, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL para realizar el reajuste de la asignación de retiro del 60%?

⁹ Fol. 12 cdno 2.



13001-33-33-007-2017-00186-01

¿Es procedente que CREMIL reajuste la asignación básica incrementándola en el 60%, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000?

¿Le asiste derecho al actor a que se reliquide su asignación de retiro aplicando los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004? Asignación 70% y 38.5 antigüedad?

7.5. Tesis

La Sala revocará el numeral 4 de la sentencia de primera instancia y en su lugar se accederá al reajuste de la asignación de retiro computando la asignación básica en un salario mínimo incrementado en un 60%, respecto a lo demás se confirmará la decisión adoptada, por las siguientes razones:

Con relación al primer y segundo problema planteado, esta Sala encuentra que, de acuerdo a la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019 que, CREMIL tiene legitimación en la causa por pasiva 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. En consecuencia, se revocará lo decidido por el A-quo, en el sentido de establecer que los soldados voluntarios vinculados a 31 de diciembre de 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, se les debe liquidar conforme a la asignación que tenían estando en servicio activo, esto es un salario mínimo vigente incrementado en un 60%, conforme lo predica el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto al tercer problema jurídico se confirmará lo decidido por la A-quo, teniendo en cuenta que la forma en que se efectuó la liquidación de la base porcentual de la asignación retiro, fue incorrecta por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como lo entendió la A-quo, pues la adición de la prima de antigüedad se debe hacer con posterioridad a la aplicación del 70% sobre el salario básico.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019¹⁰**, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la

¹⁰ Radicado interno: 1701-16.



13001-33-33-007-2017-00186-01

asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. 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 fijen 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:

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.

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 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. 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:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**¹¹. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º 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%.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.



La Regla es la siguiente:

i.- 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 adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador;

ii.- 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%.

3. 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.
4. 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: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro}$.
5. 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.
6. 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.

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

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Soldado Profesional (Ra) JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ, contó con un tiempo de servicio de 23 años, 8 meses y 12 días, vinculado al Ejército Nacional¹².
- Mediante Resolución No. 878 del 12 de febrero de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al actor, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, el 38.5% de prima de antigüedad y el 30% por subsidio familiar¹³.
- Conforme con la hoja de servicios No. 3-9807996, el actor devengó en su última nomina diciembre-2015 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y bonificación orden público soldado profesional¹⁴.
- Por medio de petición del 30 de marzo de 2016, el demandante, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 inciso 2 del Decreto 1794 de 2000, y el artículo 16 del Decreto 4431 de 2004¹⁵.
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 2016-23144 del 13 de abril de 2016, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado¹⁶.
- Oficio No. 20165560412591 del 7 de abril de 2016, por medio del cual CREMIL certifica que la última unidad donde prestó servicio fue el Batallón de Selva No. 48 Prócer Manuel Rodríguez Torices con sede en Santa Rosa del Sur¹⁷.

¹² Fol. 30 cdno 1

¹³ Fols. 33-35 cdno 1

¹⁴ Fol. 30-31 cdno 1

¹⁵ Fols. 25-27 cdno 1

¹⁶ Fol. 28 cdno 1

¹⁷ Fol. 29 cdno 1

13001-33-33-007-2017-00186-01

- Resolución No. 8923 del 26 de marzo de 2018, "Por el cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional del Ejército Juan Bautista Martínez¹⁸.

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

7.7.2.1. Legitimación en la causa por pasiva de CREMIL

El A-quo declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de Cremil, para realizar el reajuste del 60% de la asignación de retiro y que el mismo le corresponde al Ministerio de Defensa. Decisión que fue, motivo de inconformidad por la parte demandante, reiterando las sentencias de unificación del Consejo de Estado al respecto.

En la sentencia de unificación citada, se determinó que CREMIL tiene legitimación en la causa de hecho y material frente al reajuste del 20% en la asignación de retiro de los soldados profesionales, por las siguientes razones:

(i) Es la entidad que expide el acto por medio del cual se resuelve sobre la petición de reajuste de la asignación de retiro que formuló el interesado y cuya nulidad se demanda.

(ii) En caso de que se emita una sentencia favorable para la parte demandante, la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidación de la prestación es CREMIL, en razón a su función de reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los soldados

Por lo que se concluyó en la misma que, 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.

7.7.2.2 Salario base para la liquidación

Con base en las pruebas allegadas, se observa que el señor JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ se encuentra dentro de la hipótesis contenida en la sentencia de unificación fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, esto es, conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

¹⁸ Fol. 172-174 cdno 1

13001-33-33-007-2017-00186-01

Ello por cuanto, para el 31 de diciembre de 2000 el señor Bautista Martínez se encontraba vinculado en condición de Soldado voluntario, e igualmente que desde el 01 de noviembre de 2003 se incorporó como profesional, en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio¹⁹.

En conclusión, será revocada la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que la asignación de retiro del demandante debe liquidarse teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 30 de marzo de 2016, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 878 del 12 de febrero de 2016.

7.7.2.3 Liquidación de la asignación de retiro:

En el caso en concreto, se tiene que el señor JUAN BAUTISTA MARTÍNEZ prestó sus servicios al Batallón de Selva No. 48 Procer Manuel Rodríguez Torices de Santa Rosa del Sur (fol. 29), como Soldado profesional (Ra), por un tiempo de servicio de 23 años, 8 meses y 12 días (fol. 30).

Se encuentra probado mediante la hoja de servicio No. 3-9807996 que, el actor ingresó como soldado voluntario el 01 de diciembre de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003, que posteriormente se incorporó como soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2015 (fol. 30). En virtud de lo anterior, le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 878 del 12 de febrero de 2016, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 30 de marzo de 2016, en cuantía de 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.21 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar (fol. 33-35).

En el caso concreto, se probó que el actor ingresó como soldado voluntario con antelación al año 2000, toda vez que se vinculó 01 de diciembre de 1993. Sin embargo, para la liquidación de la asignación de retiro, se observa que el porcentaje de liquidación del 70%, se aplicó a la sumatoria del sueldo básico y el 38.50% de la prima de antigüedad, lo cual, a todas luces, resulta contrario a derecho (fol. 28).

En efecto, de conformidad con la sentencia de unificación, 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 era solamente la

¹⁹ Folio 30 reverso.

13001-33-33-007-2017-00186-01

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:

$$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{asignación de retiro}$$

Sin embargo, observa esta Sala que la entidad al momento de realizar la liquidación, dedujo el porcentaje del 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad del 70% del sueldo básico, contrario a lo establecido por la norma, la cual determina que debe aplicarse del 100% del salario básico, disminuyendo el monto de la asignación de retiro que legalmente le corresponde, tal y como se evidencia en la contestación de la demanda obrante a folio 48 del expediente, toda vez que efectuó la siguiente operación.

$$\text{Salario básico} = \text{SMLMV}(100\%) + (\text{incrementado en un } 405) = 140\%$$

$$\text{Prima de antigüedad} = 38.5\%$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{sueldo básico} + 38.5\% \text{ prima de antigüedad})$$

Así pues, advierte la Sala que en la Resolución No. 878 del 12 de febrero de 2016 se liquidó en indebida forma la asignación de retiro, por cuanto, como acertadamente lo señaló el A-quo, la demandada no aplicó debidamente la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, puesto que aplicó el porcentaje de liquidación del 70% sobre el sueldo básico y el 38,5% lo dedujo del resultado de la anterior operación, es decir, de lo resultante del 70%.

En consecuencia, la Sala resolverá positivamente el primer problema jurídico planteado, y confirmará la orden dada por la A quo respecto de reliquidación de la asignación de retiro del actor, aplicando debidamente los porcentajes consagrados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como se explicó con precedencia.

7.7.2.6. Conclusión

La respuesta a los interrogantes planteados en el problema jurídico son positivos, teniendo en cuenta que el actor tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro computando la asignación básica en un salario mínimo incrementado en un 60%, por otro lado quedó demostrado que el demandante tiene derecho al reconocimiento en un porcentaje del 70% y el 38.5% conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

VIII.- COSTAS -

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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 Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación por cuanto el recurso no le resultó favorable a la parte demandada; por otro lado, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala no podría imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia proferida el 08 de mayo de 2018, por el juez de primera instancia, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia, y, como consecuencia **ACCÉDASE** a la pretensión relacionada con el incremento del 60%; el cual quedará así:

***"CUARTO:** Reliquidar la asignación de retiro aplicando la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos dispuestos en esta sentencia, en el sentido de establecer que el salario mínimo mensual vigente será incrementado en un 60% y el resultado de dicha operación, será el valor por concepto de salario básico a tener en cuenta para la liquidación del 70% y el 38.5% de la prima de antigüedad, en los términos que fueron indicados en esta sentencia, a partir del 30 de marzo de 2016.*



13001-33-33-007-2017-00186-01

La entidad demandada deberá efectuar la deducción correspondiente a las diferencias que provoca por el incremento de su asignación mensual base para la asignación de retiro, destinado al servicio médico asistencial y al sostenimiento de la caja demandada, en forma indexada.

Igualmente, ordenase a la Caja de retiro de las Fuerzas Militares que en el evento de que haya efectuado pagos al actor del incremento del 20% de que trata la Resolución 8923 del 26 de marzo de 2018, expedida por la Caja demandada, se descuenten dichas sumas de la reliquidación ordenada."

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 085 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

