

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

| | |
|---------------------------|--|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-013-2018-00061-01 |
| Demandante | MICHEL MARTÍNEZ MENESES |
| Demandado | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES |
| Tema | <i>Reajuste de asignación de retiro de soldado voluntario- Subsidio familiar violación al derecho a la igualdad.</i> |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada², contra la sentencia del 21 de marzo de 2018³ proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la asignación de retiro de un soldado voluntario, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Fols. 144-147 cdno 1

³ Fols. 126-143 cdno 1

13-001-33-33-013-2018-00061-01

estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵

En ejercicio de la presente acción, el demandante en resumen elevó las siguientes pretensiones:

"1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0086193 del 29 de diciembre de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el convocante, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, disponga el reconocimiento y pago a favor del señor MICHEL MARTINEZ MENESES, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CALCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR.

2.2. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTÁ TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL CONVOCANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.

2.3. REAJUSTE POR VIOLACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, AL INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, EN UNA CUANTÍA MUY INFERIOR A LA DEVENGADA POR LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y POR LOS SOLDADOS PROFESIONALES A QUIENES SE LES VIENE

⁴ Folio. 26-34 cdno 1

⁵ Folio. 26 cdno 1

13-001-33-33-013-2018-00061-01

RECONOCIENDO EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE EN UNA CUANTÍA MUY SUPERIOR.

2.4. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD AL DEJAR DE INCLUIR LA DUODÉCIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO QUE ACTUALMENTE DEVENGA EL CONVOCANTE, CUANDO A TODOS LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES, SÍ SE LES INCLUYE ESTA PRESTACIÓN.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

3.1.1. Hechos⁶.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Señala el demandante que, ingresó a la Armada Nacional el 20 de noviembre de 1996 como soldado regular, fue a partir del 20 de agosto de 1998 que adquirió la condición de soldado voluntario, por lo que para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

En condición de soldado voluntario la vinculación del demandante a la Armada Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Afirma que, por decisión de la entidad el demandante al igual que todos los demás soldados voluntarios pasaron a denominarse soldados profesionales, a partir del 1 de noviembre de 2003, vinculación que estuvo regulada por los Decretos 1793,1794 de 2000 y 4433 de 2004.

El demandante estuvo vinculado a la Armada Nacional hasta el 20 de marzo de 2017, esto es durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de CREMIL, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 3502 del 11 de mayo de 2017.

⁶ Fols. 26 rev-27 Cdno 1

13-001-33-33-013-2018-00061-01

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 13, 25, 29, 53 y 58.
- Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011: artículos 138 y 159 a 195 de ese régimen)
- Ley 4° de 1992: artículo 10.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al momento de liquidar la asignación de retiro, al no haberse tenido en cuenta prestaciones tales como el subsidio familiar en el porcentaje correspondiente y al realizar desafortunadamente el cálculo del monto de la asignación de retiro.

Considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004, como quiera que vulnera su derecho a la igualdad, por cuanto como soldado profesional le toman el subsidio familiar como base para efectuar la liquidación de la asignación de retiro en una cuantía inferior al resto de los miembros de las Fuerzas Militares, lo que evidencia un trato discriminatorio puesto que no media una justificación objetiva y razonable para esa diferenciación.

Indica que, el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, dispuso que quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1986 devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; por ellos afirma que, así le debe ser reconocido al actor, puesto que en dicha fecha ostentaba esa condición.

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 un grave error en el cálculo efectuado, al aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar tomó el 38.5% y sobre este rubro se sacó el 70%.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES⁷.

Se opone a la totalidad de los hechos y las pretensiones. Manifiesta, que la entidad es la encargada de reconocer y pagar tanto las asignaciones de retiro, así como las pensiones de beneficiarios que acreditan tal derecho, por lo cual existen distintas disposiciones reglamentarias de esas situaciones, entre las cuales se encuentra el Decreto 4433 del 2004, que es norma de carácter especial que prima sobre la general.

- **Excepciones:**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

- **En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro- Prima de antigüedad**

Alega que la liquidación de la partida en mención se hizo conforme lo establece la norma, aplicando la siguiente fórmula:

Salario básico= SMLMV (100%) + (incremento en un 40%) = 140%

Prima de antigüedad =38.5%

Asignación de retiro:

70%= (sueldo básico + 38.50% de prima de antigüedad)

La entidad liquidó la asignación de retiro tomando el salario básico, más un 40% y a dicho valor le obtuvo el 70% al cual adicionó el 38.5% por concepto de prima de antigüedad. Que el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 expresamente prohíbe incluir o adicionar otras partidas, primas, subsidios o contribuciones para efectos de liquidación de asignación de retiro de los soldados profesionales.

- **Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad**

Indicó que, la 1/12 de la prima de navidad es un derecho que los soldados e infantes profesionales nunca percibieron en actividad, por lo que mal puede pretenderse que en retiro se incluya la misma. Por lo tanto, es la propia Ley la que de manera clara y taxativa establece los factores que deben tenerse en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, de lo cual se

⁷ Fols. 53-60 Cdno 1.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

infiere que excluya lo que perciban otros miembros de la Fuerza atendiendo su especialidad.

- **Reajuste del subsidio familiar**

Al respecto, manifestó que el Decreto 1162 de 2014, ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, disposición que fue cumplida en la resolución de reconocimiento de dicha prestación.

Agregó que, dicha normativa consagró requisitos y porcentajes para efectos de su reconocimiento, como son la acreditación de 20 años de servicios y subsidio familiar en un 30%.

- **Reajuste del 20% de la asignación de retiro:**

En lo que se refiere a que el salario básico que se debe tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro debe ser aumentada en un 60% y no en un 40% del salario mínimo legal mensual vigente, pues corresponde modificar la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, que es el documento que sirve de base para que la Caja de Retiro proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación.

Ahora bien, mediante sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, aclarada el 6 de octubre de 2016, se decidió que los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en 1 salario mínimo más un 60%. Con fundamento en esa sentencia, el Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- Dirección de Personal, procedió a radicar ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el complemento de la hoja de vida del actor, por medio de la cual realizó el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar. En este sentido, se expidió la Resolución No. 11481 de 17 de abril de 2018, incorporando el mencionado incremento del 20%, para ser liquidado en la asignación de retiro del demandante.

Finalmente, en el evento de que se pudiera acceder a lo pedido el derecho reclamado estaría prescrito por no haberlo reclamado en el plazo legal.

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

13-001-33-33-013-2018-00061-01

pretensiones, indicando que al señor Michel 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.

- **No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL o causal de nulidad.**

Indica que, las actuaciones de CREMIL se ajustan a las normas vigentes, por lo que sus actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna causal de nulidad y por ende no se encuentran viciadas por falsa motivación.

- **No configuración a la violación del derecho a la igualdad:**

Aduce 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.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Por medio de providencia del 21 de marzo de 2018, la Juez Décimo Tercera Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“PRIMERO. DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en lo atinente a no poder Incrementar el salario básico del actor de un 40% a un 60% del salario mínimo legal mensual vigente, por las razones aquí dadas.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad pardal del Oficio 86193 certificado CREMIL 123957 de 29 de diciembre de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación-de retiro devengada por el demandante, en lo atinente a la forma como se aplicó la forfflúla señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de IOOA^^n concordancia con lo Indicado en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el Inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

TERCERO. Como consecuencia de la nulidad anterior, ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que proceda a:

⁸ Fols. 126-143 Cdno 1.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

3.1 Reliquidar la asignación de retiro del señor Michel Martínez Meneses aplicando la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pero en los términos que le fueron indicados en esta providencia.

3.2 Pagar al señor Michel Martínez Meneses IMP (r), identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.043, el valor diferencial que resulte entre la asignación reliquidada y la asignación de retiro pagada, desde 20 de junio de 2017, una vez cumplido lo ordenado en el numeral 3.1, con efectos fiscales a partir de esa misma fecha, por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

Las diferencias generadas a favor del demandante, la debida aplicación de la fórmula del Decreto 4433 de 2004, artículo 16, y el 100% del subsidio familiar, deben ser canceladas debidamente indexadas, y para ello, se dará aplicación a la siguiente fórmula:

(...)

3.3. Descontar al señor Michel Martínez Meneses IMP (r), identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.043, el valor de los aportes en salud y demás descuentos legales que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los mayores valores pagados.

3.4 Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señalan los artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

Frente al reajuste del sueldo básico del 40% al 60%, la A-quo, indicó que los soldados voluntarios que venían vinculados con las fuerzas militares y se profesionalizaron, ya sea manifestando su deseo o por incorporación que hiciera el Comandante de las Fuerzas Militares, se les conservarían los derechos adquiridos, entre ellos el tiempo de antigüedad, y el pago de su asignación mensual correspondiente al salario mínimo incrementado en un 60%. Con relación al caso concreto, encontró que, mediante Resolución No. 11481 del 17 de abril de 2018, cremil reconoció al demandante el incremento de dicha partida en un 20% dentro de su asignación de retiro.

Respecto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, estableció que, esta no se halla entre las partidas indicadas para tal fin por el legislador, y como se deriva de la normativa aplicable a los soldados profesionales y la hoja de servicio del actor este no devengó tal concepto.

En cuanto, al reajuste del subsidio familiar en un porcentaje del 30%, adujo que en el presente asunto se demostró que el señor Michel Martínez Meneses le fue

13-001-33-33-013-2018-00061-01

incluido la partida computable del subsidio familiar dentro de su asignación de retiro, pero solo en el 30% que por ello devengó en servicio activo, por tanto, y según lo indicado en la parte inicial de ese fallo debió corresponder al 100% del porcentaje que por ese motivo percibió.

Con relación a la liquidación de la asignación de retiro aplicando un doble porcentaje de descuento sobre la prima de antigüedad, determinó que el salario básico para determinar la asignación de retiro correspondiente a un infante de marina, se toma del salario mínimo legal mensual vigente incrementado como lo señala el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y a esto se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, valor este último que no se puede obtener de un salario ya disminuido en el 30%, sino que se debe derivar del 100% del salario básico, por lo que le asistía razón al actor, liquidándolo de la siguiente forma.

| Concepto | Valor |
|--|--------------------|
| Salario mínimo legal vigente año 2017 (SMLV) | \$737.717 |
| 60% del SMLV (ar.16 Decreto 4433 de 2004) | \$442.630 |
| SMLV + 60% SMLV (salario básico) | \$1.180.347 |

| | |
|---|--------------------|
| 70% del Salario básico | \$826.243 |
| Más prima de antigüedad (38,5% del salario básico) | \$454.434 |
| Asignación de retiro (70% salario básico + prima antigüedad) | \$1.280.677 |
| Más subsidio familiar (62,5%) | \$737.717 |
| Total de la asignación de retiro | \$2.018.394 |

| Concepto | Valor |
|--|--------------------|
| Salario mínimo legal vigente año 2018 (SMLV) | \$781.242 |
| 60% del SMLV (ar.16 Decreto 4433 de 2004) | \$468.745 |
| SMLV + 60% SMLV (salario básico) | \$1.249.987 |

| | |
|---|--------------------|
| 70% del Salario básico | \$874.991 |
| Más prima de antigüedad (38,5% del salario básico) | \$481.245 |
| Asignación de retiro (70% salario básico + prima antigüedad) | \$1.356.236 |
| Más subsidio familiar (62,5%) | \$781.242 |
| Total de la asignación de retiro | \$2.137.478 |

| Concepto | Valor |
|--|--------------------|
| Salario mínimo legal vigente año 2019 (SMLV) | \$828.116 |
| 60% del SMLV (ar.16 Decreto 4433 de 2004) | \$496.870 |
| SMLV + 60% SMLV (salario básico) | \$1.324.986 |

| | |
|---|--------------------|
| 70% del Salario básico | \$927.490 |
| Más prima de antigüedad (38,5% del salario básico) | \$510.119 |
| Asignación de retiro (70% salario básico + prima antigüedad) | \$1.437.609 |
| Más subsidio familiar (62,5%) | \$828.116 |
| Total de la asignación de retiro | \$2.265.725 |

Estableció las diferencias de la siguiente manera:

13-001-33-33-013-2018-00061-01

| Año | Asignación de retiro pagada | Asignación de retiro reajustada | Diferencias |
|------|-----------------------------|---------------------------------|-------------|
| 2017 | \$1.337.997 | \$2.018.394 | \$680.397 |
| 2018 | \$1.405.513 | \$2.137.478 | \$731.965 |
| 2019 | \$1.478.224 | \$2.265.725 | \$787.501 |

Finalmente, indicó que no se había configurado la prescripción, toda vez que, desde la causación del derecho (20 de junio de 2017) hasta su reclamación 14 de diciembre de 2017, habían transcurrido 6 meses y 6 días, no configurándose el fenómeno de la prescripción.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN?

La parte demandada solicita se revoque parcialmente el fallo apelado, puesto que no se configura la causal de nulidad de falsa motivación, como quiera que, los actos administrativos están fundamentado en las normas vigentes sobre el tema.

Explica que, para efectos del reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro aplicó el Decreto 1162 de 2014 que regula la materia, en el cual consagra expresamente que se adopta como partida computable en un porcentaje del 30%, para aquellos que en servicio activo estuvieran devengándolo, y en un 70% para los que nunca lo hubiesen percibido. Indica que el derecho a la igualdad, se predica entre iguales, en este caso su vulneración radicaría si se vulnerara las disposiciones contenidas para los soldados profesionales, que en este caso no resulta aplicable.

Indicó que, no se vulnera el derecho a la igualdad, trayendo a colación pronunciamientos de la Corte Constitucionales, en sentencia donde el demandado es CREMIL, y se establece que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación. Así mismo lo entendió el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto rendido sobre este asunto, donde se encuentra ajustada a las disposiciones normativas, la fórmula y liquidación que efectúa la entidad.

⁹ Fols. 144-147 Cdo no 1.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de agosto de 2019¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 27 de noviembre de 2019¹¹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de febrero de 2020¹².

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹³: Presentó escrito de alegatos el 25 de febrero de 2020, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, y reafirmando lo expuesto en el escrito de la demanda.

3.6.2. Parte demandada¹⁴: Presentó escrito de alegatos el 24 de febrero de 2020, manifestando el desistimiento del recurso frente al argumento de la reliquidación de la prima de antigüedad, frente a lo demás se mantiene su inconformidad.

3.6.3 Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- 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, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. 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 los artículos 320 y 328 del C.G.P.

¹⁰ Fol. 2 Cdno 2

¹¹ Fol. 4 Cdno 2

¹² Fol. 8 Cdno 2.

¹³ Fols. 15-21 cdno 2

¹⁴ Fols. 11-14 cdno 2

13-001-33-33-013-2018-00061-01

5.2. Problema jurídico

Atendiendo que, en la sentencia fueron concedidas las pretensiones de la demanda, la parte apelante solicita se revoque parcialmente ese fallo, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en un porcentaje mayor. Lo anterior, teniendo en cuenta que en los alegatos de conclusión desistió de los demás argumentos planteados en el recurso de alzada.

De conformidad con los fundamentos de la apelación, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar?

5.3. Tesis de la Sala

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar, se acoge la posición de la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019, por ello, no comparte esta Sala la decisión lo correspondiente a la inclusión en un mayor valor del subsidio familiar en la asignación de retiro, debido a que el actor ya se encuentra recibiendo como partida computable dicho concepto en el porcentaje al que tiene derecho.

Por lo anterior, deberá modificarse ordinal segundo y el inciso segundo del ordinal 3.2. de la parte resolutive, por cuanto no resulta procedente el reconocimiento del subsidio familiar, toda vez que la resolución por medio de la cual se le otorga su pensión de jubilación, le incluye dicha partida en la forma prevista en la norma, esto es, en el 30%; por consiguiente, no es admisible ordenar el pago de las diferencias que resulten de la misma, el cual como ya se dijo será revocado; y realizar las deducciones correspondiente para el servicio médico asistencial que ya viene siendo descontada por este concepto en el porcentaje reconocido, respectivamente.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Inclusión del subsidio familiar

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019¹⁵, Sección

¹⁵ Radicado interno: 1701-16.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- 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; ii.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, iii.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, iv) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes en cuanto al subsidio familiar:

1. 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 devengando 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. 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.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁶, se modificó para incluir el subsidio familiar a liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigor 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 2009¹⁷,

¹⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁸.

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. No hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes 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 Infante de Marina Profesional ^(Ra) MICHEL MARTÍNEZ MENESES contó con un tiempo de servicio de 20 años, 4 meses y 25 días, vinculado la Armada Nacional (fol.9).
- Mediante Resolución No. 3502 del 11 de mayo de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor MICHEL MARTÍNEZ MENESES, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad y 30% del subsidio familiar (Folio. 9-10 y 70rev-71).
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-98431043, el actor devengó en su última nomina febrero-2017 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y seguro de vida subsidiado. Siendo las partidas computables para pensión: el sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar (fol. 11 y 62).

¹⁸ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

- Por medio de petición del 14 de diciembre de 2017, el señor MICHEL MARTÍNEZ MENESES, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, inciso 2 del artículo 1 y parágrafo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y la inclusión del subsidio familiar, entre otras (fols. 2-4 y 76rev-80)
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 0086193 del 29 de diciembre de 2017, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (Fols. 7-8 y 81rev-83).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor MARTÍNEZ MENESES para el año de 2017 (fol. 13).

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

En el asunto sometido a estudio se demanda el Oficio. No. 0086193 del 29 de diciembre de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.

Frente al argumento del recurso de apelación, referente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro objeto de impugnación, esta Sala acoge el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación **CE-SUJ2-015-19, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019**, el cual establece que *“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”*.

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente, que al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 3502 del 11 de mayo de 2017 con efectividad a partir del 20 de junio de 2017, incluyéndose en la misma el 30% correspondiente al subsidio familiar que devengaba en servicio activo conforme a los establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 del 2014. (Folio. 9-10 y 70rev-71).

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-98431043 que el señor Martínez Meneses, percibió en su última nómina correspondiente a febrero de 2017, subsidio familiar en un porcentaje del 4% (fol. 11 y 62), por lo que, conforme a la sentencia de unificación, para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁹ se les reconocerá en el porcentaje del 30% y, en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida, para el caso concreto, resulta aplicable la primera situación, toda vez que el demandante ya percibía dicha prestación; por lo que no habría lugar a ordenar su reconocimiento en un porcentaje mayor al reconocido.

Por lo anterior, esta Sala modificará el ordinal segundo y el inciso segundo del ordinal 3.2. de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, por cuanto no resulta procedente el reconocimiento del subsidio familiar, toda vez que la resolución por medio de la cual se le otorga su pensión de jubilación, le incluye dicha partida en la forma prevista en la norma, esto es, en el 30%; por consiguiente, no es admisible las diferencias que resulten de la misma, el cual como ya se dijo será revocado; y realizar las deducciones correspondiente para el servicio médico asistencial que ya viene siendo descontada por este concepto en el porcentaje reconocido, respectivamente.

5.6. De la condena en 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.

Este Tribunal se abstendrá de condenar en costas en esta oportunidad, como quiera que el recurso de apelación prosperó de manera parcial.

¹⁹ **Artículo 11.** *Subsidio familiar.* A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

13-001-33-33-013-2018-00061-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo y el inciso segundo del ordinal 3.2., de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto, el cual quedará así:

“(…)

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial del Oficio 86193 certificado CREMIL 123957 de 29 de diciembre de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación-de retiro devengada por el demandante, en lo atinente a la forma como se aplicó la fórmula señalada en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo Indicado en el artículo 13.2.1 de la misma norma.

TERCERO. Como consecuencia de la nulidad anterior, ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que proceda a:

“(…)

3.2 Pagar al señor Michel Martínez Meneses IMP (r), identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.043, el valor diferencial que resulte entre la asignación reliquidada y la asignación de retiro pagada, desde 20 de junio de 2017, una vez cumplido lo ordenado en el numeral 3.1, con efectos fiscales a partir de esa misma fecha, por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

Las diferencias generadas a favor del demandante, la debida aplicación de la fórmula del Decreto 4433 de 2004, artículo 16, deben ser canceladas debidamente indexadas, y para ello, se dará aplicación a la siguiente fórmula:

“(…)

3.3. Descontar al señor Michel Martínez Meneses IMP (r), identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.043, el valor de los aportes en salud y demás descuentos legales que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los mayores valores pagados.

“(…)”.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a las partes en litigio, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

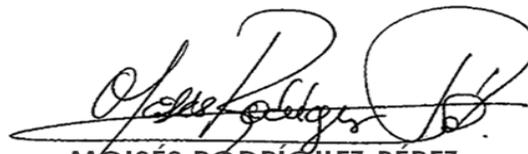
13-001-33-33-013-2018-00061-01

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

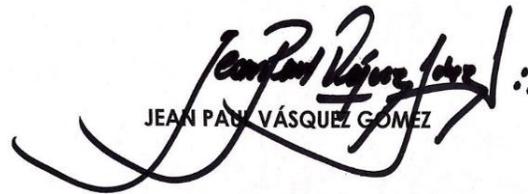
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.043 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ