

Cartagena de Indias D.T. y C., Veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Medio de control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>   |
| <b>Radicado</b>           | <b>13-001-33-33-001-2016-00204-01</b>   |
| <b>Demandante</b>         | <b>ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ</b>  |
| <b>Demandado</b>          | <b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES</b>  |
| <b>Tema</b>               | <i>Reajuste de asignación de retiro de soldado voluntario- Subsidio familiar Violación al derecho a la igualdad- Reliquidación de la prima de antigüedad conforme el artículo 166 del Decreto 4433 de 2004.</i> |
| <b>Magistrado Ponente</b> | <b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>   |

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia del 18 de enero de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ, 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,

<sup>1</sup>Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y 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

<sup>2</sup> Folio 26-33 cdno 1

### 3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.

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

1. *Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios No. 0030512 del 10 de mayo de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y No. 0041438 del 21 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.*
2. *Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago a favor del demandante, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales:*
  - 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 de Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.*
  - 2.2. *Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se esta tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado 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 demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*
  - 2.3. *Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los infantes profesionales, entre ellos el demandante, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares, tanto civiles como*

---

<sup>3</sup> Fols. 26 Cdno 1.

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

*militares y de policía, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro respectiva.*

3. *Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo de la asignación de retiro desde la fecha de reconocimiento y hasta su inclusión en nómina de pagos.*
4. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores que se les adeudan.*
5. *Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores que se le adeudan.*
6. *Que se condene en costas a la entidad demandada"*

### **3.1.2. Hechos<sup>4</sup>.**

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

Señala el demandante que, ingresó a la Armada Nacional el 13 de julio de 1993, en condición de soldado voluntario y 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 14 de agosto 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 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. 1552 del 9 de abril de 2013.

### **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.

---

<sup>4</sup> Fols. 26 reverso Cdno 1

- Ley 131 de 1985.
- Ley 4º de 1992: artículo 10.
- Ley 923 de 2004.
- Decreto 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

En síntesis, como concepto de la violación se aduce que se vulneran las normas citadas al no haberse tenido en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro, prestaciones tales como el subsidio familiar y los demás factores salariales devengados al momento de su desvinculación, como se les efectúa a los demás funcionarios de la Fuerza Pública, vulnerando con ello además el derecho a la igualdad y, por ende, considera que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 del 2004.

Indica que, el Decreto 1994 de 2000 en su parágrafo, dispuso que los soldados que 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%, afirma que, para el caso en concreto, el actor ostentaba dicha condición, por lo que le debe ser reconocida por la entidad.

Señala además que, lo anterior evidencia un trato discriminatorio como quiera que, sin mediar una justificación objetiva y razonable, excluye a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar de la base de liquidación en la asignación de retiro.

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%.

## **3.2. CONTESTACIÓN.**

### **3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL<sup>5</sup>:**

La demandada se opone a la totalidad de los hechos y las pretensiones.

- **Excepciones:**

---

<sup>5</sup> Fols. 52-58 Cdno 1.

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

### **Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL:**

Manifiesta que la entidad es la encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios que acreditan tal derecho, por lo que el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales se hacen conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, por lo que tienen derecho a que se le reconozca el 70% de salario básico incrementado en 38.5% de la prima de antigüedad.

### **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.

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.

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

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

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

Prima de antigüedad =38.5%

### **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 ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ 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.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 18 de enero de 2018, la Juez Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La A-quo encontró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad en cuanto al reajuste del 20% de la asignación de retiro, bajo el argumento que, dicha reclamación debió realizarse ante el Ministerio de Defensa por ser la entidad encargada de su asignación salarial en servicio activo tal y como lo establece el artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

Con relación a la errónea interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 correspondiente a la liquidación del 70% en la asignación de retiro del actor, indicó que, le asistía razón al actor, es decir que, el porcentaje de liquidación de 70% debía aplicarse únicamente sobre el sueldo básico, y lo que resultare de ello, sumarle el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que sobre dicho concepto se hiciera un descuento adicional.

En cuanto al subsidio familiar, indicó que acatando el precedente del Consejo de Estado en el presente caso debe inaplicarse el artículo 13.2. del Decreto 4433 de 2004, reconociendo el derecho de la parte actora a que su asignación de retiro será reliquidada incluyendo como partida computable para tales efectos el subsidio familiar que devengó en actividad.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.4.1 Parte demandada<sup>7</sup>:**

---

<sup>6</sup> Fols. 108-120 Cdno 1.

<sup>7</sup> Fols. 134-137 Cdno 1.

Por medio de escrito del 24 de enero de 2018, solicita se revoque el fallo apelado, debido a que, en cuanto a la reliquidación de la prima de antigüedad, manifiesta que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al demandante se le debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad como lo ha venido reconociendo.

Manifiesta que para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro el legislador no contempló porcentaje alguno sobre el subsidio familiar, por lo que la negativa de la entidad tiene su fundamento en las disposiciones que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública.

### **3.4.2. Parte demandante<sup>8</sup>:**

Por medio de escrito del 25 de enero de 2018, solicita se revoque parcialmente el fallo apelado, en tanto y cuanto resolvió negar el reajuste del 20% solicitado en aplicación de lo normado en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, a fin de que se tenga como salario base de liquidación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 05 de abril de 2018<sup>9</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de septiembre de 2018<sup>10</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 08 de abril de 2019<sup>11</sup>, este último fue objeto de recurso por parte del Ministerio Público el 12 de abril de 2019<sup>12</sup> y resuelto por esta Corporación el 27 de agosto de 2019<sup>13</sup> de manera favorable dejando sin efectos dicha providencia; por lo anterior se corrió traslado a las partes en el auto del 29 de agosto de 2019.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION**

---

<sup>8</sup> Fol. 138-141 cdno 1

<sup>9</sup> Fol. 3 Cdno 2

<sup>10</sup> Fol. 5 Cdno 2

<sup>11</sup> Fol. 9 Cdno 2.

<sup>12</sup> Fols. 12-13 cdno 2

<sup>13</sup> Fol. 29

**3.6.1. Parte demandante<sup>14</sup>:** La parte accionante presentó escrito de alegatos el 10 de septiembre de 2019, ratificándose en los argumentos del recurso de alzada.

**3.6.2. Parte demandada<sup>15</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 15 de septiembre de 2019, por fuera del término, habiendo vencido este el 11 de septiembre de la misma anualidad.

**3.6.3. Ministerio Público<sup>16</sup>:** Presentó concepto el 25 de septiembre de 2019, solicitando se acceda a los argumentos del recurso de alzada de la parte actora.

#### **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 forme es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

##### **5.2. Problema jurídico**

Atendiendo que en la sentencia se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de Cremil para incrementar el 60% del salario mínimo legal mensual

---

<sup>14</sup> Fols. 36-42 cdno 2

<sup>15</sup> Fols. 32-35 cdno 2

<sup>16</sup> Fols. 43-51 cdno 2



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

vigente, la parte demandante solicita que se revoque la misma y se ordene dicho incremento.

Por otro lado, la parte demandada solicita se revoque parcialmente la sentencia que ordenó reliquidar la asignación de retiro tomando el 70% de la asignación básica, luego adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, así como la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿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%?*

*¿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, correspondientes al 70% de la asignación, más el 38.5% de la prima de antigüedad?*

*¿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 al primer problema jurídico, se determina de acuerdo con la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019 la cual establece 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.

Por otro lado, esta Sala adopta la tesis de la sentencia de unificación citada, 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.

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

Con relación al tercer problema planteado, la sentencia de unificación determinó que 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.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar, esta Sala acoge la posición de la sentencia de unificación citada, la cual dispone que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 (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, situación que resulta aplicable al actor; debido a que él, causó su derecho a la asignación en abril de 2014, esto es con anterioridad a las normas mencionadas, por lo que se REVOCARÁ el numeral que ordena su reconocimiento e inclusión.

#### **5.4. 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 2019**<sup>17</sup>, 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 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

---

<sup>17</sup> Radicado interno: 1701-16.



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

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. 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.
3. 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**



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

**del 25 de agosto de 2016**<sup>18</sup>. 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%.

**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%.

4. 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.
5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004,

<sup>18</sup> 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.

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

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. 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.
7. 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.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>19</sup>, 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 2009<sup>20</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>21</sup>.

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

<sup>19</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>20</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>21</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

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 (R<sup>a</sup>) ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ, contó con un tiempo de servicio de 21 años, 5 meses y 1 día, vinculado la Armada Nacional (fol. 23).
- Mediante Resolución No. 1552 del 09 de abril de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo y adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad (Folio. 10-11 y 77-78).
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-93384344, el actor devengó en su última nomina diciembre-2012 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado profesional, y bonificación de orden público soldado PF (fol. 23 y 69-70).
- Por medio de petición del 20 de abril de 2016, el señor ALDEMAR MAPE RODRÍGUEZ, 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 2 del Decreto 1794 de 2000 y la inclusión del subsidio familiar, entre otras (fol. 2-5 y 83 reverso-87).
- Con acto administrativo contenido en el oficio No. 0030512 del 10 de mayo de 2016, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 6 y 88 reverso-89).



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

- Recurso de reposición en subsidio apelación interpuesto por el señor Aldemar Mape Rodríguez el 16 de mayo de 2016, en contra del oficio No. 0030512 del 10 de mayo de 2016 (fol. 7-8).
- Acto administrativo contenido en el oficio No. 0041438 del 21 de junio de 2016, mediante el cual la entidad resuelve los recursos interpuestos por el actor (fol. 9).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Mape Rodríguez (fol. 22).

### **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. 0030512 del 10 de mayo de 2016, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante y el Oficio No. 0041438 del 21 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.

#### **- Legitimación en la causa por pasiva de CREMIL**

Alega la parte demandante en el recurso de alzada, que la entidad demandada es la legitimada en la causa por pasiva, para realizar el reajuste del 60% de la asignación de retiro.

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.

**- Salario base para la liquidación- Incremento 60% SMLMV:**

Con base en las pruebas allegadas, se observa que el señor ALDEMAR MAPE RODRÍGUEZ 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%.

Ello por cuanto, para el 31 de diciembre de 2000 el señor MAPE RODRÍGUEZ se encontraba vinculado en condición de soldado voluntario, e igualmente que desde el 14 de agosto de 2003 se incorporó como infante de marina profesional, categoría militar en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio (Folio 23 y 69-70 cdno 1).

En conclusión, será revocado el numeral primero de la parte resolutive del fallo apelado, debido a que si le asiste legitimación en la causa por pasiva a CREMIL para reliquidar la asignación de retiro del actor, en el mismo sentido ordenar que la asignación de retiro del demandante debe re-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 10 de abril de 2013, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 1552 del 09 de abril de 2013, (fol. 10-11 y 77-78)

**- Liquidación de la asignación de retiro:**

En el caso en concreto, se tiene que el señor ALDEMAR MAPE RODRÍGUEZ prestó sus servicios al Batallón Fluvial de I.M.#30- Yatí, Magangué como Infante de Marina Profesional (Ra), por un tiempo de servicio de 21 años, 5 meses y 1 día (fol. 23 y 69-70).

Se encuentra probado mediante la hoja de servicios No. 4-93384344 que, el actor ingresó (fol. 23 y 69-70):

- Al servicio militar el 16 de marzo de 1991 hasta el 25 de septiembre de 1992.



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

- Como soldado voluntario el 13 de julio de 1993 hasta el 13 de agosto de 2003.
- Como Infante Profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta el 10 de enero de 2013.

En virtud de lo anterior le fue reconocida asignación de retiro mediante la Resolución No. 1552 del 09 de abril de 2013, ordenando el reconocimiento y pago de la misma a partir del 10 de abril de 2013, en cuantía de 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.21 (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

En el caso concreto, se probó que el actor ingresó como soldado voluntario con antelación al año 2000, toda vez que se vinculó el 13 de julio 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 38.5% de la prima de antigüedad, lo cual, a todas luces, resulta contrario a derecho (fol. 22).

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 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:

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

Sin embargo, observa esta 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 mínimo correspondiente al 2013, 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 el certificado expedido por la entidad obrante a (folio 22 cdno 1) del expediente.

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

Así pues advierte esta Sala que, debido a que el salario mínimo mensual vigente fue incrementado en un 60% y dicha operación arrojó como resultado la suma de \$943.200 este último será el valor por concepto de salario básico a tener en cuenta para la liquidación de la prima de antigüedad.

En ese orden de ideas, al demandante le corresponde por concepto de asignación de retiro más la prima de antigüedad lo siguiente:

- **Reliquidación con incremento del 60%:**

| CONCEPTO   | VALOR            |
|--|------------------|
| Salario mínimo legal vigente año 2013 (S.M.L.M.V.) | \$589.500        |
| 60% del S.M.L.M.V.                                 | \$353.700        |
| <b>S.M.L.M.V. + 60% S.M.L.M.V.(salario básico)</b> | <b>\$943.200</b> |

- **Reliquidación prima de antigüedad:**

|  |                    |
|--|--------------------|
| 70% salario básico (\$943.200)   | \$660.240          |
| Mas prima de antigüedad (38.5% del salario básico)                           | \$363.132          |
| <b>Asignación de retiro= (70% salario básico + 38.5 prima de antigüedad)</b> | <b>\$1.023.372</b> |

Por lo anterior, concluye esta Corporación que al actor no le corresponde la suma de \$1.308.101 por concepto de asignación de retiro, como erradamente lo determinó la entidad, sino la suma de \$1.966.572.00 Por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en ese sentido.

- **Inclusión del subsidio familiar**

De otro lado, en cuanto 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”.

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

Así las cosas, se encuentra probado en el expediente, que al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 1552 del 09 de abril de 2013 con efectividad a partir del 10 de abril de 2013, incluyéndose el 70% del salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad. (fol. Folio. 10-11 y 77-78).

Por otro lado, se avizora en la hoja de servicios No. 4-93384344 que el señor Mape Rodríguez, percibió en su última nomina correspondiente a diciembre de 2012, subsidio familiar en un porcentaje del 4% (fol. 23). Sin embargo, conforme al certificado expedido por la entidad el 26 de mayo de 2016, el subsidio familiar no es una partida liquidada dentro de su asignación de retiro (fol. 22 cdno 1).

Conforme a la jurisprudencia citada al respecto, se estableció que, 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, situación que efectivamente cumple el actor tal como se avizora a folios 23 sin embargo; dicha norma fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, el cual estableció que lo seguirían devengándolo hasta su retiro del servicio, circunstancia que le fue aplicada al actor.

Es pertinente resaltar que, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014<sup>22</sup> fue que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en ese sentido, no resulta procedente el reconocimiento e inclusión de dicha partida dentro de la asignación de retiro del actor, toda vez que su status pensional fue adquirido el 10 de enero de 2013 y el acto demandado fue expedido el 09 de abril de 2013, esto es, con anterioridad a la vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, por lo que no resulta aplicable los mismos, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

Por lo que tal, y como lo concluye la sentencia de unificación traída a colación, 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.

Por lo aquí expuesto, se declarará la nulidad parcial de los oficios Nos. 30512 de fecha 10 de mayo de 2016 y No. 41438 del 21 de junio de 2016, en cuanto niegan el incremento del 60% del salario mínimo legal mensual vigente, y la reliquidación en un porcentaje del 70% adicionado con el 38.5% de la prima de

<sup>22</sup> Dado en Bogotá, D.C. a los 24 días del mes de junio del año 2014

antigüedad, y se dejará incólume la tendiente a negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro por no cumplir con los requisitos para su reconocimiento.

Por otro lado, quedó demostrado que CREMIL tiene legitimación en la causa por pasiva para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales incrementando el 60% del salario mínimo legal mensual vigente como lo predica el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; de igual forma la reliquidación en un porcentaje del 70% adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, se demostró que el demandante no tiene derecho a su reconocimiento por causar su derecho con anterioridad a la vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 a partir del cual los reconoce como partidas computables para la asignación de retiro, en ese sentido se resolverá revocar el inciso primero del numeral TERCERO, que ordena la reliquidación de la asignación de retiro del actor para efectos de incluir dicha partida.

Por lo antes expuesto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia, revocando el numeral primero de la misma, y en su lugar se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por CREMIL, por lo aquí expresado.

De igual manera, adicionará el numeral segundo en cuanto se declarará la nulidad parcial de los oficios Nos. 30512 de fecha 10 de mayo de 2016 y 41438 del 21 de junio de 2016, en cuanto niegan el incremento del 60% del salario mínimo legal mensual vigente, y la reliquidación en un porcentaje del 70% adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, y se dejará incólume la tendiente a negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro por no cumplir con los requisitos para su reconocimiento.

Finalmente se revocará el inciso primero del numeral tercero para en su lugar ordenar que la reliquidación de retiro del demandante incluyendo además el incremento del 60% salario mínimo legal mensual vigente del año 2013 y, finalmente se confirmará en todo lo demás el fallo apelado.

## **5.6. De la condena en costa**

**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

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, 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, y teniendo en cuenta que el recurso le fue resuelto favorable a ambas partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **VI.- FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero la parte resolutive de la sentencia proferida el 18 de enero de 2018 y, como consecuencia **DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA** propuesta por CREMIL, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia la cual quedará así:

*“**SEGUNDO:** Declarar la nulidad parcial de los oficios Nos. 30512 de fecha 10 de mayo de 2016 y, 41438 del 21 de junio de 2016, en cuanto niegan el incremento del 60% del salario mínimo legal mensual vigente, y la reliquidación en un porcentaje del 70% adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, y se dejará incólume la tendencia a negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro por no cumplir con los requisitos para su reconocimiento.*”



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de prima instancia, el cual queda así:

*“**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, **ORDENASE** a la Caja de Retiros de Las Fuerzas Militares lo siguiente:*

- *Reliquidar la asignación de retiro del señor ALDEMAR MAPPE RODRÍGUEZ para efectos de incluir como partida computable de su asignación de retiro el 60% del S.M.L.M.V. del año 2013, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de este fallo.*
- *Reliquidar la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro, aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia”.*

**CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

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

**SEXTO: 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. 031 de la fecha.*

### **LOS MAGISTRADOS**

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



**13-001-33-33-001-2016-00204-01**

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
DIGNA MARIA GUERRA PICÓN